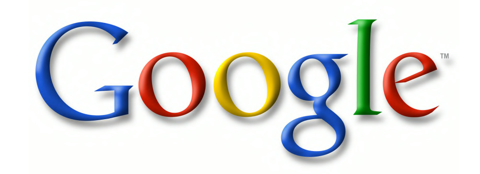
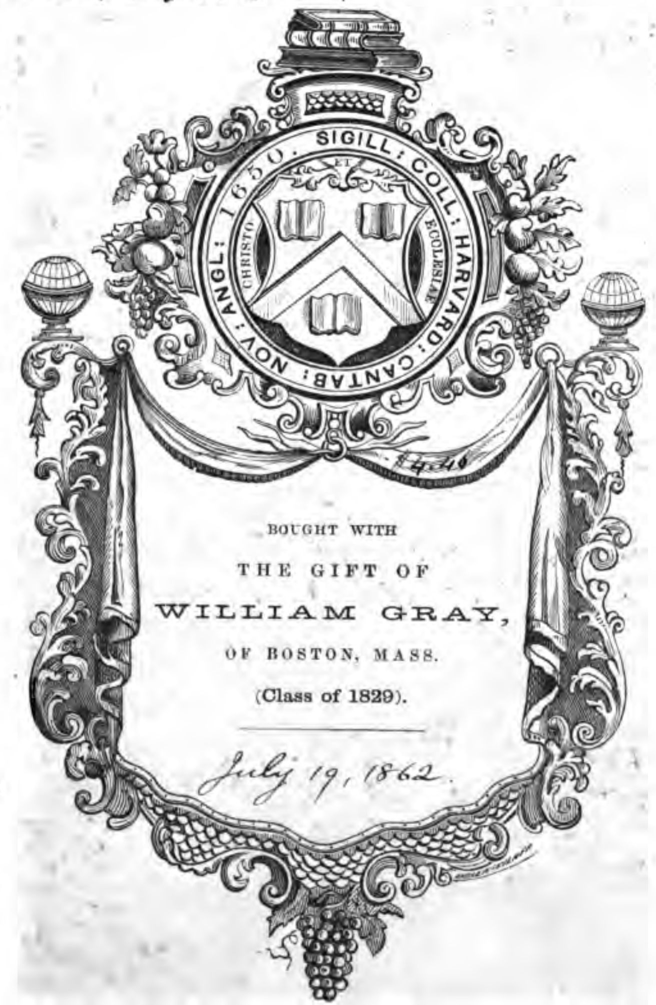
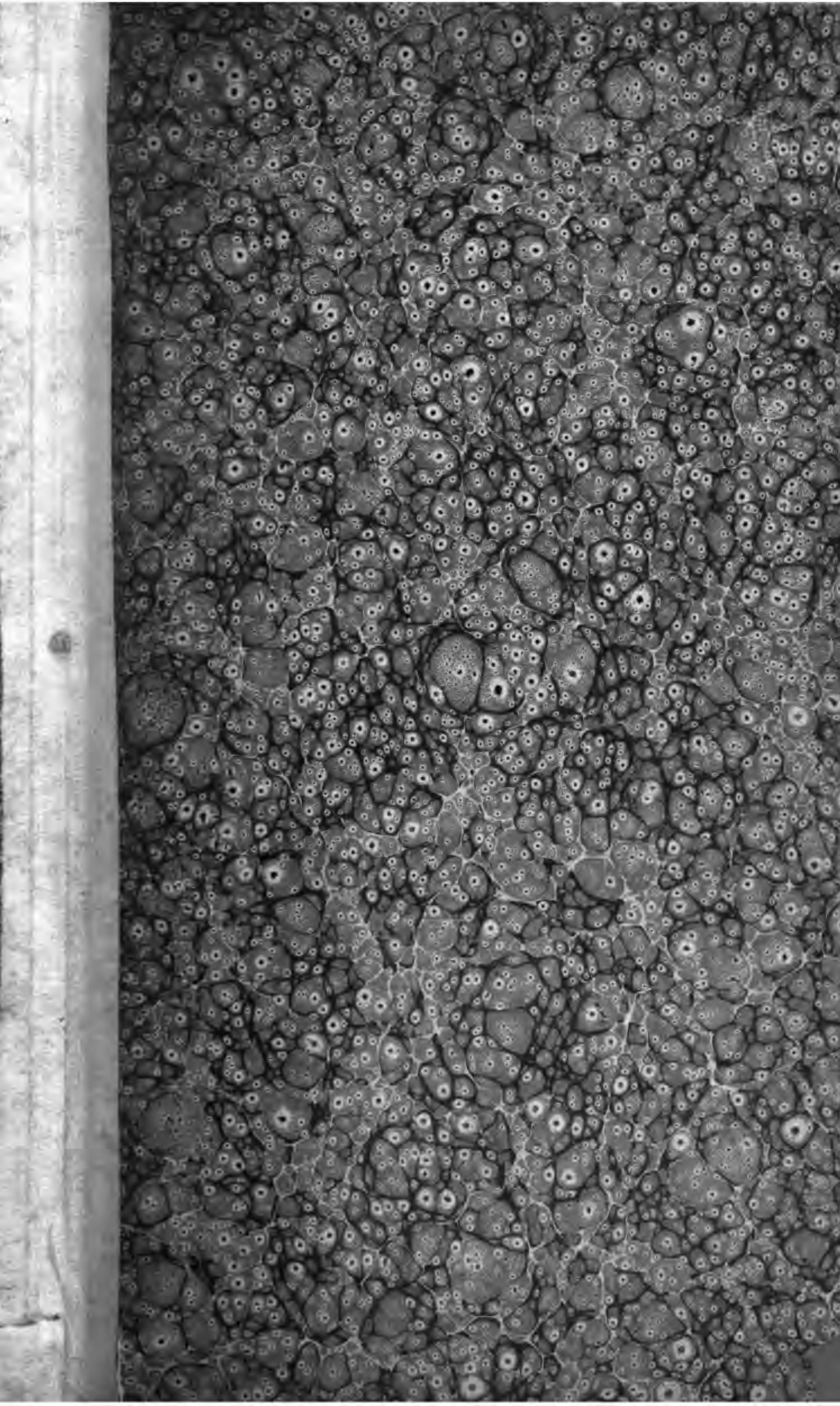
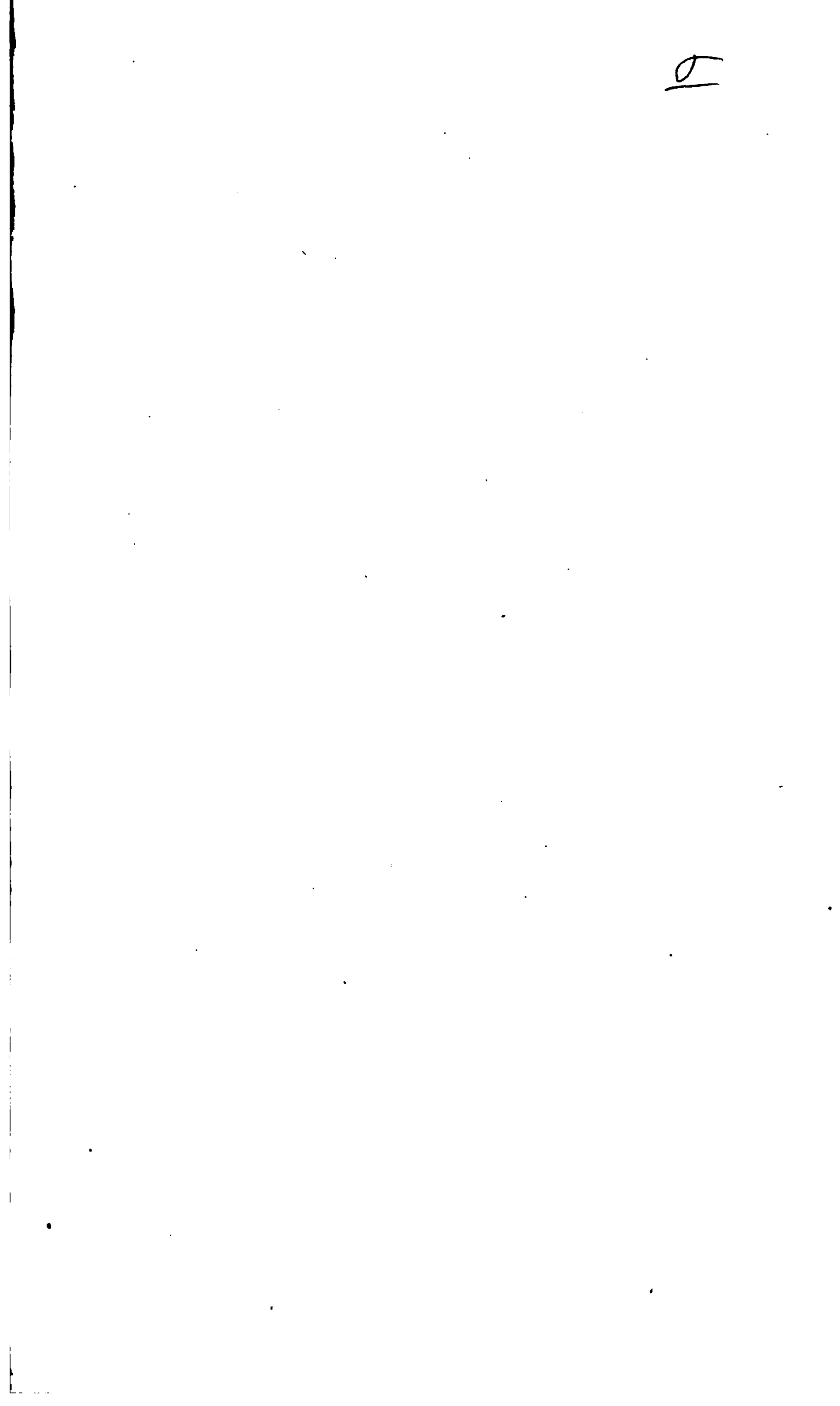
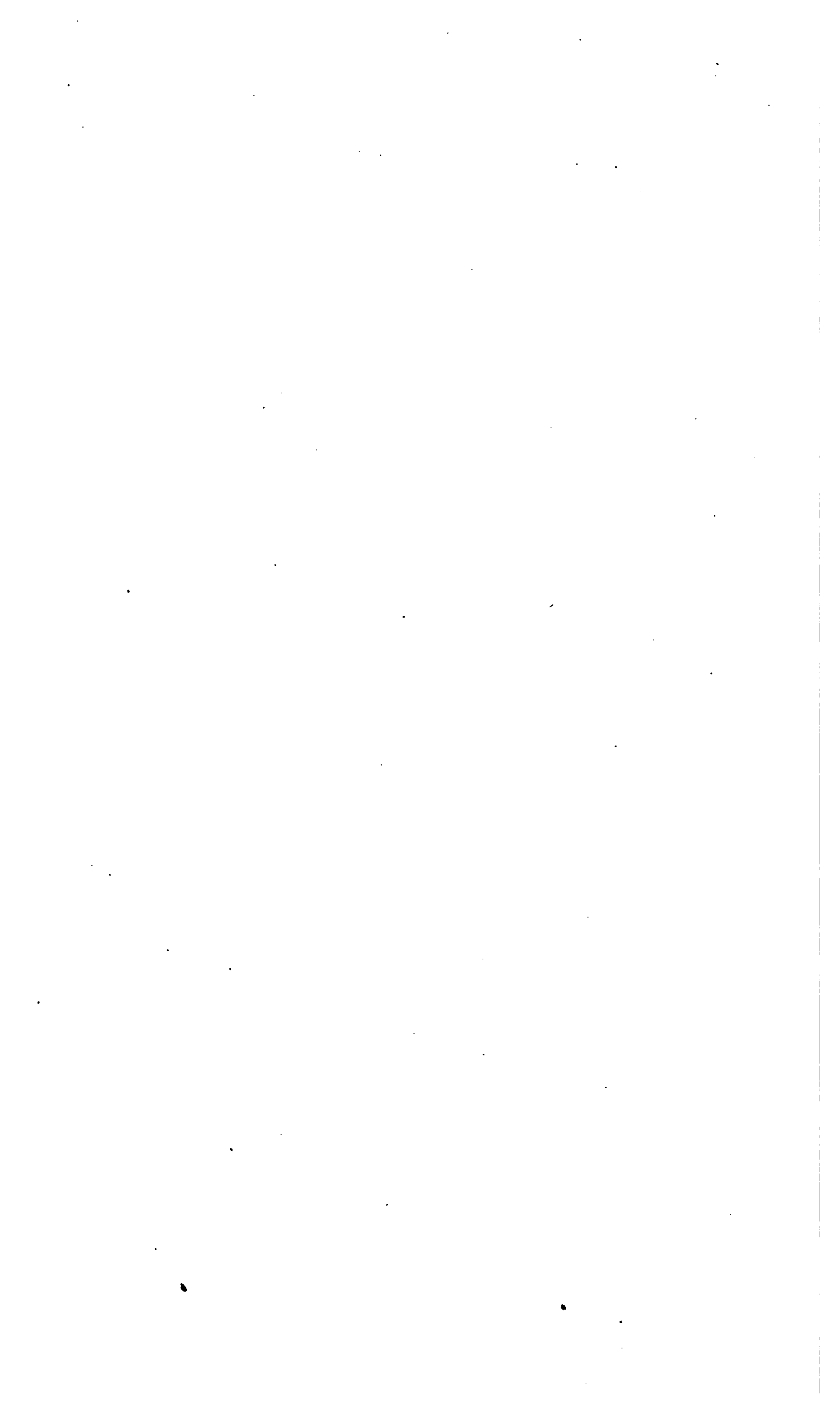





SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
BOUGHT WITH
THE GIFT OF
WILLIAM GRAY,
OF BOSTON, MASS.
(Class of 1829).
July 19, 1862.







RECHERCHES

SUR LA

CONDITION CIVILE ET POLITIQUE

DES FEMMES.

PARIS.—IMPRIMERIE DE FAIN ET THUNOT,
RUE RACINE, 28, PRÈS DE L'ODÉON.

RECHERCHES

SUR LA

CONDITION CIVILE ET POLITIQUE DES FEMMES,

DEPUIS LES ROMAINS JUSQU'A NOS JOURS.

MÉMOIRE COURONNÉ PAR L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, DANS SA SÉANCE DU 28 MAI 1842.

PAR

ÉDOUARD LABOULAYE.

Il faut éclairer l'histoire par les lois, et les lois par l'histoire.
MONTESQUIEU, *Esprit des lois.* XXXI, ch. 2.

PARIS.

A. DURAND, LIBRAIRE, 3, RUE DES GRÈS. | JOUBERT, LIBRAIRE, 14, RUE DES GRÈS.

BROCKHAUS ET AVENARIUS, 69, RUE RICHELIEU.
LEIPSIG, MÊME MAISON.

MDCCCXLIII.

1862, July 19.
~~Gray~~ Dr Fund
$4.46?

A LA MÉMOIRE

DE MA FEMME BIEN-AIMÉE,

DE LA MÈRE DE MES CHERS ENFANTS,

VIRGINIE AUGUSTINE PARADIS,

LA PLUS DÉLICATE DES BIENFAITRICES,

LA PLUS SAINTE DES AMIES.

Morte à Paris, le 24 juin 1841.

Qui invenit mulierem bonam, invenit bonum, et hauriet jucunditatem a Domino.

Proverb. XVIII, 22.

PRÉFACE.

Il y a quelques années, l'Académie des Sciences morales et politiques proposa pour sujet de prix, la question suivante :

Tracer l'histoire du droit de succession des femmes dans l'ordre civil et dans l'ordre politique, chez les différents peuples de l'Europe au moyen âge.

C'était certainement un des plus beaux programmes d'histoire et de jurisprudence qu'ait jamais proposés une compagnie savante, car ainsi que l'a dit excellemment M. Mignet dans son remarquable rapport :

« La succession des femmes dans le moyen âge
» se rattache non-seulement à l'état social des
» différents peuples de l'Europe, mais à des lé-
» gislations antérieures, dont l'esprit et les dis-
» positions ne sont pas les mêmes; il présente
» des variations nombreuses selon les diverses
» époques du moyen âge, et les divers pays de
» l'Europe; et dans la même époque et le même
» pays, il diffère selon les classes qu'il était des-
» tiné à régir. En faisant connaître la part du sexe
» le plus faible dans l'hérédité domestique, il
» touche à la condition des femmes, à l'histoire

» de la famille, au sort de la propriété et aux
» conséquences politiques du principe patrimo-
» nial dont, en général, a dépendu la possession
» des souverainetés pendant le moyen âge. Il of-
» fre, de plus, à rechercher si les dispositions
» des lois, ou les règles consacrées par l'usage
» pendant cette période confuse, ne peuvent pas
» être ramenées à quelques sentiments fonda-
» mentaux de la nature humaine, à quelques be-
» soins constants de la société civile. A côté, et on
» peut même dire au fond du problème histo-
» rique, se trouve ainsi caché un problème phi-
» losophique non moins important à étudier et
» dont la connaissance doit influer d'une manière
» décisive sur l'explication demandée.

» En effet, l'organisation de la famille, et les
» vicissitudes presque invariables qu'elle éprouve
» lorsqu'elle n'est point troublée dans son déve-
» loppement régulier par des accidents violents
» et extérieurs, le sort de la propriété et les ca-
» ractères successifs qu'elle revêt, la formation
» graduelle de l'état lui-même, qui a une si grande
» influence sur la propriété et sa transmission,
» sur la famille et son organisation, ne provien-
» nent point des caprices des peuples, et dépendent
» au contraire des lois sages que l'humanité a re-
» çues de la providence suprême, et qu'elle suit
» sans s'en écarter et souvent sans s'en douter.
» Ainsi les origines des législations relatives aux
» successions féminines dans le moyen âge; les
» caractères civils et politiques que ces succes-

» sions ont tour à tour présentés ; les sentiments
» naturels qui ont conduit d'une manière si
» constante et si forte à l'équité toujours plus
» grande de leur partage, et qui, après avoir pré-
» sidé à leur révolution, ont commandé leur der-
» nière forme : voilà les vastes points de vue qui
» s'offraient aux concurrents, les questions im-
» portantes qu'ils devaient traiter et résoudre [1]. »

Une question si vaste et si belle tenta mon ambition ; j'espérai que la grandeur du sujet ferait oublier la faiblesse de l'auteur ; je concourus, et fus assez heureux pour partager avec MM. Rathery et Kœnigswarter les suffrages de l'Académie. Ces Messieurs n'ont point encore publié leur travail, je soumets aujourd'hui le mien au public [2].

Je ne puis attendre du lecteur l'extrême bienveillance de l'Académie, et je n'ose me flatter qu'il ratifiera le jugement plus que favorable de M. Mignet [3]. Le public est un juge sévère

[1] Rapport fait par M. Mignet, au nom de la Section d'histoire, sur le concours relatif au Droit de succession des femmes au moyen âge. Mémoires de l'Académie, année 1842.

[2] Pendant qu'on imprimait ce Mémoire, il a paru deux ouvrages importants sur le même sujet : l'un est l'Histoire du Régime dotal et de la Communauté, de M. Ginoulhiac ; l'autre est la Loi Salique, de M. Pardessus, qui contient deux bonnes dissertations sur le mariage et sur le droit de succession chez les Francs. Les idées de M. Pardessus ne sont pas très-différentes des miennes, mais il y a certains aperçus fort ingénieux dont je n'ai pu faire mon profit, ce que je regrette infiniment.

[3] Le rapport de M. Mignet a été tellement bienveillant pour moi qu'il ne m'est pas permis d'en faire l'éloge ; mais si le lecteur veut se faire une idée de toute la grandeur du sujet que j'aborde, et de la manière dont cette question demanderait à être traitée,

qui ne doit d'encouragement à personne, et qui ne peut avoir l'indulgence d'une compagnie savante, couronnant dans une fête de famille des travaux dont elle a donné la pensée première; mais j'ose espérer que le public accueillera ce second Mémoire avec autant de bienveillance que mon premier livre, l'*Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, publié dans ces dernières années. Pour les deux ouvrages, en effet, c'est presque le même sujet, traité dans le même esprit et avec les mêmes méthodes. Mon projet dans ce second travail comme dans le premier, est d'étudier le développement de la civilisation européenne dans les institutions et les lois des différents peuples du continent, de démontrer que malgré les diversités apparentes de la surface, il y a au fond un courant commun d'idées, qui, avec une puissance et une rapidité tous les jours plus grandes, entraîne tous les peuples d'Europe dans une même voie, vers une même destinée. Qu'on étudie l'organisation de la propriété, comme je l'ai fait dans mon premier livre, ou l'organisation de la famille, comme je l'essaye dans ce second ouvrage, un même fait frappera toujours le lecteur

je le renvoie au travail de M. Mignet, dans lequel il trouvera indiqués les aperçus les plus nouveaux, les points de vue les plus justes, et en même temps les plus ingénieux. Un rapport traité avec un pareil mérite n'a qu'un seul défaut (fort rare par le temps qui court, heureusement pour les auteurs), c'est d'épuiser si complétement la question, que le livre couronné en devient inutile, et que le lecteur auquel on a présenté un aussi magnifique idéal, reste triste et mécontent devant la pauvre réalité.

attentif, c'est l'unité de développement dans les institutions et les lois des peuples d'Europe. Et la conclusion à tirer de ces études, c'est que toutes les nations du continent sont solidaires, et s'entraînent mutuellement vers un but commun. Cette marche commune (qu'on l'étudie dans la littérature, dans la politique, dans la philosophie, dans la jurisprudence) c'est sous un autre nom la civilisation. Le but, qui se laisse entrevoir, c'est la réalisation de plus en plus complète de l'idée que le Christ est venu apporter sur la terre, la fraternité de toutes les nations, l'égalité de tous les individus, parce qu'individus et nations nous sommes tous également fils d'un même père qui est Dieu, frère d'un même frère qui est Jésus-Christ.

Ainsi donc, qu'on ne cherche point dans ce livre l'histoire du droit de succession dans tel pays, sous telle coutume; mon but a été plus élevé, et j'ai écrit pour les politiques plus que pour les jurisconsultes. J'ai voulu faire toucher au doigt l'unité de cette grande famille chrétienne qui, partie des plus faibles commencements, sera quelque jour seule maîtresse du monde, par la supériorité des idées bien plus encore que par la force matérielle. Cette unité, le sujet proposé par l'Académie m'a paru admirablement propre à la mettre en relief. Si, en effet, je réussis à convaincre le lecteur que la condition des femmes, qui semble un objet d'intérieur dont les lois s'occupent à peine, et qui ne dépasse point les

limites du foyer domestique, a cependant éprouvé en toute l'Europe, et presque en même temps, les mêmes changements, les mêmes adoucissements, la même faveur de la législation, pourra-t-on douter que l'Europe marche tout entière sous l'empire des principes communs, amenant les mêmes résultats, malgré les différences de langue, de gouvernement, de climats? Se convaincra-t-on que ces différences ne sont qu'apparentes, extérieures comme un vêtement? qu'elles peuvent tromper des yeux mal exercés, mais qu'elles ne sauraient empêcher celui qui a soulevé le voile de reconnaître une unité profonde, organique, qui tient à la fois et à la communauté d'origine, et à la communauté de croyances des grandes races qui se partagent le continent?

J'insiste sur ce point, parce que je crois que ces idées ne manquent ni de vérité ni de grandeur; elles sont le symbole de l'école historique telle que je l'entends, école qui, malheureusement, ne compte encore qu'un seul disciple, et pas un maître, mais qui, j'en ai la ferme confiance, est appelée à régénérer la science du droit et la science politique elle-même, qui n'est qu'une jurisprudence plus élevée.

L'Europe, à considérer les différentes nations qui l'occupent, est partagée entre trois grandes races différentes. D'abord la race romaine, qui a absorbé les anciennes nationalités des Espagnes et des Gaules, sans néanmoins les faire disparaître entièrement. Cette race romaine est maîtresse

de l'Italie, de l'Espagne, de la France; langue, littérature, jurisprudence, toute la civilisation, en un mot, relève principalement de l'antique civilisation romaine.

Après la race romaine vient la race germanique, originaire des pays scandinaves, qui seuls ont conservé sans mélange les coutumes anciennes. Cette race, maîtresse du Danemarck, de la Suède, de la Norwège, de l'Allemagne, et qui a contribué pour une grande part à la colonisation de l'Angleterre, occupe le centre de l'Europe, d'où elle agit à la fois sur les races slaves et romaines, comme elle est aussi en butte aux influences de ces deux puissantes voisines.

A côté de la race germanique vient la race slave, race nouvellement venue à la civilisation, mais puissante par le nombre, puissante aussi par le pays qu'elle occupe, et qui commence à peser d'un grand poids dans les destinées de l'Europe. A cette race appartiennent la Pologne, la Bohème, la Russie, la Servie, tout ce qui, dans la Hongrie, ne tient pas à la race conquérante des Madgyars, une partie des populations qui bordent l'Adriatique, en un mot, tout ce qui constitue aujourd'hui en Europe le grand empire de la Russie, et une partie considérable des possessions de l'Autriche et de la Turquie.

Chacune de ces races n'est point restée isolée, et, sauf en quelques pays extrêmes, comme l'Islande, ne peut plus aujourd'hui se retrouver dans sa pureté primitive. La race germanique,

a plus d'une fois débordé sur l'Occident aussi bien que sur l'Orient, et a donné une physionomie toute particulière aux pays qui l'avoisinent, à la Bohême, par exemple, et plus encore à la France, qui doit à son mélange avec les Germains le rôle élevé qu'elle est appelée à jouer dans le monde, placée comme une sœur commune entre les nations du Nord et les peuples du Midi. A son tour la France a réagi sur l'Allemagne par les armes, par la politique, par l'empire des idées, et plus d'une fois dans ces flux et reflux, le flot germanique et le flot romain se sont heurtés et confondus.

Ainsi les guerres mêlent les populations; la religion répand partout des croyances communes, des principes uniformes; enfin, à mesure que la civilisation augmente, le commerce des idées devient aussi multiplié que le commerce des choses, et il se fait un échange perpétuel qui ôte aux nations leur physionomie distincte, pour leur donner à toutes une physionomie commune. De là dans la langue, dans la littérature, dans la jurisprudence, des modifications sans nombre, des réactions d'un peuple sur l'autre, modifications qui ne sont point arbitraires, mais qui sont amenées fatalement par les besoins de l'époque et qui répondent aux idées nouvelles, dont elles sont la réalisation.

Ce sont ces modifications amenées par le mélange des races, par la communauté des idées religieuses, par les progrès de la science, que j'ai

voulu étudier dans la jurisprudence, pour que chacun fût à même de mesurer le chemin que nous avons parcouru depuis les Romains, et qu'on puisse déterminer plus aisément le but à atteindre, en voyant le point de départ et le chemin parcouru.

Malheureusement, je n'ai pu donner à ces études toute l'extension que j'aurais désiré; j'ai dû me borner à étudier deux des trois grandes races qui occupent l'Europe, d'abord parce que le champ était déjà trop vaste pour mes forces; ensuite parce que, ne connaissant point les différents dialectes des Slaves, et peu familier avec leur histoire et leur littérature, je ne pouvais étudier leur législation que par l'intermédiaire de quelques auteurs et traducteurs allemands ou français, ce qui eût été insuffisant pour rien affirmer avec quelque autorité. J'ai préféré rester sur un terrain plus ferme, et j'espère que mon travail gagnera ainsi en solidité ce qu'il perdra en étendue.

J'ai commencé par étudier la législation romaine depuis son origine jusqu'à l'époque de la conquête, pour bien constater les principes et l'esprit romain au moment du premier mélange des deux races. Ces principes, ces règles, je les ai considérées comme le symbole des croyances juridiques de la race romaine, symbole qui a persisté comme cette race elle-même, et s'est maintenu, modifié, ou a disparu, partout où cette race s'est maintenue pure, s'est mélangée,

ou a disparu devant le flot vainqueur. Ainsi j'ai en quelque façon personnifié la race dans ses croyances, et au lieu de suivre les destinées politiques de la nation, j'ai suivi les destinées et les vicissitudes de sa jurisprudence, bien persuadé que cette jurisprudence était une partie de la vie, de l'existence du peuple vaincu, et que là où était restée une institution romaine, là aussi était restée une partie du sang romain.

Après avoir déterminé les institutions romaines, j'ai constaté quelles étaient les institutions germaniques. J'ai dit quelles idées, quels principes, ont été apportés dans le monde par ces peuples inconnus et ces coutumes nouvelles. Ce que nous appelons les lois barbares ne sont que ces coutumes, amenées du fond de la Germanie par les nouveaux conquérants, et répandues par eux dans les Gaules, dans l'Italie, dans l'Espagne.

Les deux races et les deux législations en présence, il devait en résulter une fusion des coutumes des deux peuples, dans laquelle prédominerait l'élément romain ou germanique, suivant que les populations seraient plus ou moins composées de vainqueurs ou de vaincus. C'est ce qui arriva en effet, et la fusion fut d'autant plus prompte que les deux races trouvèrent un intermédiaire qui facilita le rapprochement, en donnant aux conquérants aussi bien qu'aux vaincus des principes et des croyances communes : cet intermédiaire, ce fut l'Église.

L'Église a joué le grand rôle dans les origines

de cette civilisation romano-germanique, qui succéda à la civilisation romaine ; elle fut le grand médiateur, le Christ social, qui réunit sous un même nom, celui de Chrétiens, tous ces peuples d'origine diverse, et sut ménager à la fois l'esprit des deux législations, en ôtant à la législation romaine ce qu'elle avait de formaliste et d'égoïste, à la législation germanique ce qu'elle avait de dur et de sauvage, et en introduisant comme règles de la vie commune, comme préceptes de la vie sociale, les grands principes de morale que le Christ avait proclamés. L'Évangile fut la grande loi commune, l'idéal législatif, admis par tous les peuples romano-germaniques ; à cette loi supérieure on essaya de plier les coutumes germaniques aussi bien que les coutumes romaines et cela dès les premiers jours de la conquête, comme le prouvent les lois barbares, qui, dans leur rédaction, portent la trace visible de la main du clergé. Cette main paraît encore plus puissante dans la rédaction des Capitulaires et dans l'action des conciles, qui furent l'élément vivant et novateur de la législation du septième au dixième siècle. On voit l'Église toute puissante, seule dépositaire du peu de lumières échappées à la barbarie, menant à l'unité tout le troupeau qu'elle a pris sous sa garde, sans blesser l'une des deux races, sans donner aux institutions des vaincus une prépondérance qui eût pu blesser les croyances des vainqueurs. Le rôle qu'a joué l'Église, le respect qu'elle a eu pour les idées

germaniques, sont d'autant plus remarquables, que par ses usages propres le clergé tenait à la seule loi romaine.

Au commencement du douzième siècle, Irnerius, un professeur de Bologne, remet en honneur les Pandectes, et une nouvelle phase commence pour la jurisprudence européenne. A la législation coutumière, demi-romaine, demi-germaine, qui se développait sous la vigilance de l'Église vient se joindre un élément nouveau, le droit romain, ou pour mieux dire la science. C'était dans la jurisprudence le même mouvement que dans les autres branches des connaissances humaines, une renaissance, un réveil de l'intelligence; Justinien fut l'Aristote des jurisconsultes. L'empereur fut pour eux ce que le PHILOSOPHE était pour les théologiens et les médecins; tout plia devant cette autorité, autorité si grande que nous ne l'avons secouée que d'hier et qu'elle domine encore plus de la moitié de l'Europe.

Cet élément nouveau n'affaiblit point les autres, et la science se porta bien vite de la législation justinienne aux autres branches de la jurisprudence. Ainsi le droit canonique s'affermit; il devint plus savant, plus profond; Rome fut le point central d'où sortirent pour toute l'Europe, des lois, des décrets, comme autrefois sortaient de la Rome païenne, ces rescrits qui gouvernaient le monde; et le génie des papes ne le céda en rien, il faut le reconnaître, au génie des jurisconsultes impériaux. Les principes

les plus généreux du droit criminel et du droit des gens, une partie de notre droit civil, et la procédure tout entière, nous viennent de ce droit canonique qui joua un si grand rôle dans l'histoire de la civilisation moderne, et qui ne mérite certainement pas le dédain et l'oubli dans lequel nous le laissons.

Tandis que le droit canonique prenait une forme savante, les coutumes, résultat du mélange des usages romains, des usages germaniques et des besoins nouveaux qu'avait fait naître la féodalité, se fixèrent aussi par écrit. Dans toute l'Europe le même mouvement se fit du milieu à la fin du treizième siècle; partout parurent des auteurs coutumiers qui rédigèrent les anciens usages de la terre. Les deux Miroirs en Allemagne, Beaumanoir, Desfontaines, les Établissements en France, Britton, Bracton, Fleta en Angleterre, Jehan d'Ibelin et Philippe de Navarre en Orient, Alphonse le Sage en Espagne, les municipalités en Italie, recueillirent et constatèrent les coutumes féodales, les statuts des villes, les usages vilains, en un mot tous les droit politiques et civils de l'époque; ce fut en quelque façon le testament de la féodalité.

Il y eut donc trois éléments de la législation, dont deux communs à toute l'Europe, le droit romain et le droit canonique, et un spécial à chaque province, le droit coutumier. Ce dernier, exceptionnel, *haineux* comme le nommaient les jurisconsultes, était hors d'état de résister à l'in-

fluence des deux autres, puisque ceux-mêmes qui l'appliquaient étaient des hommes élevés dans les universités, et profondément imbus des doctrines romaines et canoniques. Aussi et de la part des parlements et de la part des universités, et de la part des praticiens, il y eut une croisade générale contre le droit coutumier, croisade à laquelle ce dernier ne résista que parce qu'il représentait des intérêts et des besoins que le droit romain ni le droit canonique n'avaient prévus. Il ne pouvait tomber qu'avec la féodalité, et il se maintint en effet tant qu'elle dura dans les lois civiles, c'est-à-dire jusqu'à la révolution française.

Mais on pense bien que ces trois législations superposées ne furent pas longtemps sans se confondre, et il se forma en effet un mélange singulier de ces trois éléments dans lequel le beau côté fut pour le Digeste et les décrétales. Le droit coutumier fut obligé de se prêter à la forme romaine, et on expliqua par les théories des Pandectes des institutions toutes germaniques ou féodales, telles que le fief, le douaire, la communauté, le vilenage. Par contre-coup le droit romain fut envahi par des théories jusqu'alors inconnues; les glossateurs portèrent dans l'étude des lois romaines des préoccupations toutes germaniques; et il se fit ainsi en toute l'Europe un mélange de doctrines romaines, canoniques, coutumières qui fut reçu comme loi commune dans la pratique des tribunaux. Ce mélange de théories, ce *jus Romanum hodiernum*, *jus Romano-germanicum*, ce droit romain bâtard,

c'était l'expression vivante de la fusion des deux races, et des deux législations, avec toutes les modifications qu'avait introduites le droit canonique, et la marche de la civilisation. Ces praticiens dédaignés par l'école païenne de Cujas, ces glossateurs, ces Duranti, ces Dumoulin, ces d'Argentré, ces Lauterbach, ces Leyser, ces Vinnius, ces Voet, ces Huber, ces Pothier, rudes pionniers de la jurisprudence, étaient les vrais maîtres de la vie civile; ils faisaient une législation vivante pour des races vivantes, tandis que les autres faisaient des études sur la nature morte. Les Alciat, les Cujas, les Heinneccius, c'était, si l'on veut, des artistes qui reproduisaient et restauraient avec goût les ruines de la belle antiquité; les autres étaient de simples artisans, mais des artisans qui travaillaient à ce monument auquel chaque siècle apporte la pierre sur laquelle il inscrit son nom.

Cette œuvre des praticiens, cette fusion des législations romaine, canonique, féodale, fut singulièrement accélérée par la rédaction, ou, pour parler plus exactement, par la réformation des coutumes, grand fait analogue à la codification, et qui, dans toute l'Europe, arriva vers la même époque, c'est-à-dire, vers le commencement du seizième siècle. Dans cette réformation le droit romain entra en vainqueur dans les coutumes, et cette grande règle uniforme prépara ainsi, pour l'avenir, l'unité plus intime de la jurisprudence européenne.

Avec le seizième siècle commence une ère nouvelle; la féodalité politique disparue, l'Église affaiblie par le protestantisme, l'autorité royale prend le dessus, et cette autorité se révèle dans la législation par des efforts constants pour amener l'unité dans la jurisprudence, et la débarrasser, je ne dis pas des principes romains ou canoniques qui font encore aujourd'hui le fond de nos lois, mais du droit romain et du droit canonique, considérés comme législation supplémentaire. La France surtout se distingua dans ce mouvement vers l'unité, qui, du reste, se manifesta à un degré plus ou moins grand dans toute l'Europe. Depuis les ordonnances des Valois jusqu'à celles de Louis XIV et de Louis XV, l'attention en France fut toujours dirigée vers ce but; la codification n'est que la dernière phase de ce mouvement remarquable; c'est la clôture de l'ancien ordre de choses, l'entrée dans un monde nouveau. L'esprit humain, dégagé des lisières de l'enfance, sûr de lui-même, plus maître de cet instrument des lois jusqu'à ce jour mal étudié, avance avec sécurité; le chemin qu'il a parcouru lui répond de celui qui lui reste à fournir.

Du reste, il ne faut pas croire que ce mouvement soit particulier à la France. L'Italie, l'Espagne, l'Allemagne elle-même, malgré la réaction momentanée de l'école de Savigny, s'engagent chaque jour dans la voie de la codification. C'est que la codification répond à un besoin nécessaire, à un besoin éprouvé en même temps dans toute

l'Europe, parce que toute l'Europe est arrivée en même temps au même degré de civilisation, et qu'aujourd'hui le droit romain et le droit canonique ont fourni à la législation tous les éléments qu'ils pouvaient lui donner et sont impuissants à satisfaire une demande nouvelle.

Seulement, et c'est en ce point que les idées de M. de Savigny méritent tout notre respect et notre attention, la codification, en fermant l'ancienne jurisprudence, a donné une valeur toute nouvelle à l'histoire du droit. Les théories adoptées par les Codes, qui ont choisi entre des décisions diverses, bien plus qu'ils n'ont inventé de décisions nouvelles, ces théories ne peuvent plus se défendre aujourd'hui par l'empire de la coutume; il faut qu'elles justifient de leur mérite et de leur utilité. L'histoire seule, en nous faisant connaître leur origine et leur développement passé, peut donc nous révéler leur avenir.

Telles sont les phases diverses au travers desquelles j'ai suivi la condition des femmes; et j'espère que le lecteur, entrant dans mes vues, ne demandera pas à mon livre une exactitude de détails que je n'ai point cherchée. Je le répète, je n'ai point voulu étudier le droit de succession dans la coutume de Paris, ou dans le Fuero Jusgo, ou dans le Miroir de Saxe, mais j'ai tâché d'expliquer les vicissitudes des grands principes romains ou germaniques, qui par leur réunion ont formé la jurisprudence actuelle. Heureux si j'ai pu convaincre le lecteur, de l'unité des lé-

gislations modernes, unité qui n'est que l'expression de la parenté étroite, et de la fraternité des nations européennes; plus heureux encore si j'ai pu lui donner le goût de ces belles études historiques qui peuvent avoir tant d'influence sur les destinées de notre législation civile et politiquc, études trop négligées jusqu'à présent, mais qui traîneront tous les esprits après elles, du jour où la main d'un Montesquieu les présentera dans toute leur grandeur et leur vérité.

Paris, 1er mai 1843.

RECHERCHES

SUR LA

CONDITION CIVILE ET POLITIQUE

DES FEMMES.

INTRODUCTION.

Depuis quelques années, il s'est fait dans la jurisprudence un mouvement des plus remarquables; la base même de la science a été déplacée. On a généralement abandonné les doctrines du siècle passé, qui tendaient à faire de la jurisprudence une simple branche de la philosophie; et, laissant plus particulièrement aux sciences morales l'étude des vérités éternelles qui se retrouvent au fond de toute législation comme un élément absolu et invariable, on s'est plu à considérer le droit, règle de la vie sociale, comme un élément mobile, résultat des mœurs, des idées, des besoins de chaque nation, et qui réfléchit dans son développement les variations successives de ces idées, de ces besoins et de ces mœurs; en peu de mots, l'*inconnue* qu'on veut aujourd'hui dégager de l'étude des législations passées, ce n'est plus la *philosophie*, c'est *l'histoire*.

C'est en s'attachant à mettre en relief la face historique de la jurisprudence, qu'il a été donné aux jurisconsultes d'outre-Rhin de fonder, dans ces derniers temps, une école peu connue en France et trop légèrement jugée, mais qui, pour l'exactitude de l'observation, pour le désintéressement du travail, pour la nouveauté des aperçus, a mérité de prendre rang à côté de cette grande école française, qui, au XVIe siècle, fut la gloire de notre patrie. Certes, si quelqu'un rappelle Cujas, la plus noble personnification de la science française, c'est Savigny, le chef de l'école historique en Allemagne; et comme il a toutes les qualités du maître, il a aussi, on peut le dire, quelques-uns de ses défauts. Même patience dans l'étude des faits, même amour de la science pour la science elle-même, sans que jamais préoccupation étrangère vienne troubler cet esprit limpide; mais aussi même timidité, même crainte de conclure, et de faire du passé le miroir de l'avenir. Comme Cujas, Savigny (et avec M. de Savigny toute l'école allemande) se réfugie volontiers dans le *nihil hoc ad edictum prætoris*, abri commode où la science reste en dehors des orages politiques qui souilleraient sa blanche hermine.

A une époque où les idées se répandent avec une prodigieuse rapidité, et où la science est le patrimoine commun de l'Europe, il est impossible que ce mouvement scientifique ne se propage pas au delà du Rhin. L'histoire du droit semble surtout appelée à réussir en France, où les études purement historiques ont depuis quelques années jeté un vif éclat. Et d'ailleurs, pour

paraître au premier rang, qu'avons-nous à faire qu'à continuer les glorieux travaux de nos pères, et à reprendre l'étude historique du Droit où l'ont laissée Dumoulin, Coquille, d'Argentré, Bodin, Montesquieu, ces grands maîtres qui ont vu dans la science, non pas un objet de curiosité, mais un levier de civilisation !

Donner l'impulsion à ces belles recherches appartenait à une société savante, spécialement vouée à l'étude de l'histoire et de la législation, et qui, toute nouvelle encore, s'est déjà fait remarquer par l'importance des questions qu'elle a mises au concours. Et parmi les sujets qu'on pouvait proposer aux investigations de la science, il n'y en avait peut-être aucun qui pût surpasser en intérêt des recherches sur le *Droit de succession des femmes* pendant cette époque du moyen âge, si curieuse, et jusqu'à ce jour si peu étudiée du point de vue légal.

Et en effet, pour l'historien, quelles lois plus importantes que les lois de succession ? Ces lois, incompréhensibles pour le jurisconsulte philosophe qui cherche en vain à retrouver quelque principe de *droit naturel* dans leur infinie variété et souvent même dans leurs contradictions multipliées, ces lois, dis-je, sont pour le jurisconsulte historien, comme un instrument fidèle qui, à chaque époque, a saisi la condition de la famille, et qui, au travers des siècles écoulés, nous a conservé l'image sincère des générations disparues et des institutions évanouies. Rien n'est plus attachant que l'étude des lois qui régissent la famille, lois d'autant plus importantes

qu'elles tiennent à la fois du droit politique et du droit civil, et qu'elles sont comme le confluent où l'un et l'autre se confondent. Mais qu'est-ce donc quand à cet attrait puissant vient se joindre l'intérêt de connaître la condition des femmes, étude jusqu'à ce jour négligée, champ nouveau qu'ont laissé de côté les jurisconsultes et les historiens!

Quoi de plus curieux, et à la fois de moins connu, que la condition civile des femmes durant l'époque barbare et tout le moyen âge? Et cependant, dire ce que fut alors dans le château, dans la ville, sous le toit de chaume, la position de la fille, de l'épouse, de la mère, n'est-ce pas résumer, en un cadre heureusement choisi, la condition de la famille, et par là montrer d'un point de vue nouveau l'état des mœurs et des idées qui régnèrent à cette époque remarquable? L'espoir d'un tel résultat ne doit-il point encourager le lecteur à s'enfoncer sans répugnance dans la poudre des anciens temps; et aura-t-on moins de courage pour une étude sérieuse et immédiatement utile, que pour la lecture de quelque chanson de trouvère, ou de quelque roman oublié?

Ainsi, importance du sujet, intérêt de la question, attrait de la nouveauté, tout se réunit pour faire de ces *Recherches sur le droit de succession des femmes*, un des points qui doivent solliciter le plus vivement l'attention du jurisconsulte.

Cet intérêt est si puissant, que, malgré le sentiment de sa faiblesse, l'auteur de ce mémoire s'est enhardi à descendre dans la lice ouverte par le programme académique. En n'excluant personne, l'Aca-

démie promet à tous sa bienveillance, et fût-on même trois fois vaincu, c'est encore une douce récompense que d'être entré dans une si noble arène, et d'avoir occupé quelques instants l'attention de pareils juges !

DIVISION DU MÉMOIRE.

Tout se tient dans le droit, dès qu'on l'envisage sous le point de vue historique; le présent est le développement du passé, le droit d'aujourd'hui, c'est le fruit contenu en germe dans le droit d'hier. Il est donc impossible de considérer le moyen âge isolément, comme une époque qui ne tient ni à celle qui l'a précédée, ni à celle qui l'a suivie. Au contraire, on ne peut comprendre cette ancienne législation sans connaître à fond, et les lois germaniques à qui les coutumes féodales ont tant emprunté, et les lois romaines qui, momentanément tenues dans l'ombre par la conquête, ont subsisté néanmoins à côté et comme au-dessous des lois du vainqueur, jusqu'à ce qu'elles les eussent pénétrées de leur esprit, et transformées en une législation nouvelle, par cette influence secrète qui, en toute invasion, fait à la longue prédominer la civilisation du vaincu sur la barbarie du conquérant.

Et même connaître ce passé ne suffirait pas; il faut encore nous rendre compte des transformations que la législation du moyen âge a subies pour devenir la législation moderne; car c'est par le bien et le mal que ces lois ont engendré, qu'il nous sera pos-

sible de juger leur mérite et d'apprécier leur esprit.

Nous examinerons donc brièvement :

1° La position des femmes dans la législation romaine et les changements que leur condition a éprouvés depuis les premiers temps de Rome jusqu'à la conquête barbare ;

2° La position des femmes dans les coutumes germaniques.

Une fois au courant de ce passé curieux, nous étudierons, mais avec plus de détail,

3° Le droit de succession des femmes dans l'ordre civil et politique ; et à l'époque où la féodalité domina sans partage (c'est-à-dire du X[e] au XIII[e] siècle), et à l'époque de la noblesse de race et des grandes monarchies (c'est-à-dire du XIV[e] siècle à la révolution française).

Enfin, nous ne nous arrêterons pas de façon absolue devant cette limite de 1789, et, toutes les fois que de pareilles considérations auront quelque intérêt historique ou juridique, nous examinerons la position qu'ont donnée aux femmes les Codes modernes, soit qu'ils aient conservé les anciennes coutumes, soit qu'ils les aient remplacées par des usages nouveaux.

L'époque romaine, les temps barbares, le moyen âge poussé jusqu'à la révolution française, telles sont les trois divisions principales de ce mémoire, divisions fondées sur la nature des choses ; puisqu'à chacune de ces périodes, il s'est fait une révolution dans la condition des femmes.

CE QU'ON ENTEND DANS CE MÉMOIRE PAR LE MOT DE SUCCESSION.

Ce mot de *succession*, nous lui donnons dans ce mémoire une compréhension plus large que l'acception ordinaire; nous entendons par là *toute libéralité qui nous vient d'une personne parente ou alliée, soit du vivant, soit après le décès de cette personne, toutes les fois que cette libéralité n'est pas un simple caprice du donateur, mais une disposition de la loi, ou un usage qui a pris avec le temps toute la force d'une loi.*

Ainsi la dot donnée par le père, la donation à cause de noces, le morgengabe, le douaire, le don mutuel, la part donnée par la loi soit dans la succession du mari, soit dans les acquêts, sont considérés par nous comme autant de modes du droit de succession, intéressant au même titre que la succession *ab intestat* le sujet que nous allons étudier, c'est-à-dire la capacité de recevoir à titre gratuit reconnu aux femmes par les lois romaines ou féodales.

J'ajoute que pour un esprit qui va au fond des choses, il est impossible de ne point considérer comme de véritables droits de succession, le douaire, le tiers coutumier, et quelques dispositions analogues qui sont des libéralités données par la loi seule, et souvent malgré la volonté du donateur, en un mot des *légitimes*, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus nettement caractérisé comme *droit de succession.*

Enfin, j'ai cru, en étendant ainsi la signification ordinaire du mot, pénétrer dans la véritable pensée du programme académique, qui a voulu sans doute bien moins faire examiner un point de jurisprudence isolé, que faire étudier dans son ensemble *la capacité civile et politique des femmes* pendant le moyen âge. Or, dans un si beau sujet, n'attaquer la question que par un côté, c'était la mutiler. La capacité de la fille et celle de l'épouse ont toujours marché d'un même pas, se tenant l'une l'autre et se modifiant mutuellement, sans qu'on puisse dire laquelle de ces deux conditions a exercé sur l'autre la plus grande influence. Le droit de succession proprement dit a toujours déterminé directement la position de la femme mariée, et à son tour, la faveur du mariage a souvent réagi sur le droit de succession; c'est ce qui se verra plus clairement dans la suite de ce mémoire, et surtout quand nous nous occuperons des institutions contractuelles et des renonciations, dispositions remarquables qui créent souvent une succession différente de l'ordre légal, et qui, par leur généralité, font de l'exception la règle, et prennent le dessus sur la succession même qu'établissent les lois.

Sans doute, à envisager ainsi la question, les difficultés augmentent, mais qu'on sera bien récompensé de son courage, si l'on peut, après la fatigue surmontée, saisir dans son entier et de face cet imposant tableau!

Le droit de succession ainsi défini, nous allons l'examiner en détail. La base de ce droit est la *fa-*

mille; mais la femme a souvent une double famille : —celle de son père ; — celle de son mari. Elle a, par conséquent, un double droit de succession, car elle hérite et dans la famille de son père et dans celle de son époux.

A chacune des époques que nous avons déterminées plus haut, nous examinerons les droits de la femme sous ce double point de vue. Nous la considérerons :

I° Dans la famille de son père,
comme fille,
comme sœur ou parente ;

II° Dans la famille de son époux,
comme femme,
comme veuve,
comme mère.

III° Viendront ensuite quelques réflexions sur la capacité des femmes, considérées en dehors des relations de famille, comme simples membres de l'État. Cette capacité civile ayant toujours été subordonnée à la position que les femmes ont occupée dans la famille, il est naturel de n'en parler qu'en dernier lieu.

IV° Ces considérations sur la capacité civile des femmes seront d'ailleurs une transition nécessaire à l'étude de la succession politique, institution mixte où le droit d'héritage se complique, des exigences du gouvernement, et sur laquelle ont nécessairement influé les idées qu'on s'est faites à chaque époque, sur le rôle que la femme est appelée à jouer dans la vie civile.

La division que nous venons d'indiquer, trois fois reproduite, jettera quelque froideur sur ce mémoire, mais la clarté nous a paru à ce prix; et dans les questions où il s'agit non de plaire, mais d'instruire, c'est à la clarté, ce nous semble, qu'on doit tout sacrifier.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

LES ROMAINS.

SECTION PREMIÈRE.

La Femme dans la famille de son Père.

CHAPITRE PREMIER.

Réflexions générales sur le droit de famille.

Je viens de dire que la capacité civile des femmes dépendait toujours de la position que la loi leur donne dans la famille : c'est un de ces faits constants qui se présentent à toutes les époques de l'histoire comme une loi invariable ; toujours et partout, je le répète, la capacité civile et politique des femmes a été commandée par leur condition domestique, et qui ne connaît pas quelle fut l'organisation de la famille à une époque donnée, ne pourra jamais comprendre l'esprit des lois qui régirent alors le droit de succession des femmes.

Mais pour nous borner à la période que nous examinons, ce ne serait pas un médiocre travail que

d'étudier toute la législation de la famille chez les Romains, chez les barbares, et pendant la longue durée du moyen âge. Un si vaste sujet absorberait le nôtre. Bornons-nous donc à poser un principe fécond et qui suffira pour éclairer toute notre question.

Chez les peuples de l'antiquité, la famille a été, en général, une institution politique. L'État romain, par exemple, jusqu'à l'Empire, n'a vraiment été qu'une fédération de familles, petites sociétés indépendantes que le chef seul représente au dehors, et dont, au dedans, il est le magistrat, le pontife et le maître.

Le gouvernement de grandes familles s'est reproduit, chez plusieurs nations modernes, avec moins d'âpreté sans doute que le patriciat romain, mais néanmoins avec ce même esprit aristocratique qui fait le fonds des législations antiques.

Partout où la famille a été une institution politique, la femme a été sacrifiée, sa condition a été subalterne. L'administration de la famille étant une espèce de gouvernement, la femme s'est trouvée naturellement exclue de cette magistrature domestique; elle a été pour me servir d'une expression moderne, un membre *non actif*, et comme telle, on l'a tenue dans une étroite dépendance, et souvent même on l'a soumise pendant toute sa vie à la tutelle de ses proches.

Au contraire, chez les nations où l'État, plus fortement organisé, ne souffre point cette indépendance des communautés particulières; dans les démocraties, par exemple, où la puissance individuelle n'est rien

devant la toute-puissance de l'État, la famille, sans rôle politique, n'a plus été que ce lien naturel, que la naissance et le sang établissent entre des personnes d'une origine commune. Quand la famille a été ainsi constituée, l'affection naturelle a pris le dessus dans la législation, et les femmes ont été mises par la loi presque au même rang que les hommes. Je dirai plus, la loi les a souvent entourées d'une faveur singulière; comme épouses, comme mères, elles ont en effet des droits particuliers à cette bienveillance, car c'est de l'épouse que dépend ce bonheur domestique, hors duquel il n'y a que des ambitions inquiètes, c'est de la mère que dépend cette première éducation qui ne s'efface jamais et qui décide souvent de l'avenir de l'État.

Du reste, et par une loi constante, la condition des femmes a toujours tendu à s'améliorer. Plus la civilisation a fait de progrès, et plus aussi l'affection naturelle se faisant jour, on s'est plu à rendre la place qui lui appartient, à ce sexe dont la faiblesse et la bonté méritent tout le respect du législateur. Ce triomphe des sentiments naturels, en dépit des gênes légales, n'a pas exercé une médiocre influence sur la législation du moyen âge, surtout ayant été secondé par la religion chrétienne, qui n'est que l'expression la plus pure, et en quelque sorte la perfection de la nature humaine. Aussi les temps modernes se distinguent-ils d'une façon tranchée d'avec l'antiquité, par la bienveillante protection dont ils entourent les femmes; cette bienveillance est un des caractères les plus sensibles de nos

législations nouvelles, et l'histoire que nous allons essayer n'est en quelque façon que le récit de la lutte de l'esprit antique et de l'esprit chrétien, souvent aidé, souvent combattu par les institutions politiques.

CHAPITRE II.

Du Paterfamilias.

A Rome, la famille se résume tout entière dans son chef, le *Paterfamilias*; les biens et les personnes sont dans son domaine, il est seul le maître et seul indépendant (sui juris). *Paterfamilias appellatur, qui in domo dominium habet*, dit Ulpien [1], et ce domaine est absolu, c'est un despotisme tel que le despotisme oriental, devant lequel il n'y a pas de droit, pas de personnalité [2]. Femme, enfants, esclaves, sont soumis au même degré à cette terrible puissance [3].

[1] L. 195, D. de V. S. Droit de Propriété. Liv. IV, ch. 2.

[2] L. 16, de furtis, D. XLVII, 2. Ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, *quod non magis cum his quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.*

[3] *Potestatis* verbo plura significantur : In personâ magistratum, *Imperium*, in personâ liberorum, *Patria potestas*, in personâ servi, *Dominium*. L. 215, de V. S. Au temps de Paul, les acceptions de ce mot *Potestas*, sont divisées comme est cette puissance même ; mais il est évident qu'à l'origine, un mot unique a désigné une puissance unique, et qui s'exerçait indifféremment sur la famille et sur l'esclave.

Le père peut, à sa volonté, anéantir le lien de famille en émancipant sa fille; il peut, exposer son enfant, le tuer, le vendre comme son esclave, comme sa bête, comme sa chose. Telle est l'énergie de ce droit inflexible, qui n'eut peut-être jamais d'analogue, même chez les nations de l'antiquité, « *quod jus proprium est civium Romanorum*, » dit Gaius; *ferè enim nulli alii sunt homines qui* » *talem in filios suos habeant potestatem, qua-* » *lem nos habemus* [1]. »

Cette puissance était si absolue, c'était si bien, à l'origine, un droit de domaine [2], que lorsqu'en mariant sa fille le père n'avait pas abdiqué son pouvoir, soit en émancipant son enfant, soit en le faisant passer sous la *main* du mari, il restait propriétaire de sa fille durant le mariage [3], et il avait contre son gendre l'interdit *de liberis exhibendis*, pour le forcer, ainsi qu'un étranger, à lui restituer son enfant. Il pouvait rompre à son gré l'union même qu'il avait fait contracter à sa fille, chose incroyable, et dont on voudrait douter, si nous n'avions sur ce point le témoignage positif de l'antiquité. Ainsi, dans Ennius.

Injuria abs te afficior indigna, pater;
Nam si improbum esse Cresphontem existimaveras

[1] Gaius, I, 55.

[2] Cette opinion, soutenue par Bynkershœck, et de nos jours par Puchta, a été attaquée, mais sans être ébranlée, par Zimmern. T. I, § 179.

[3] Ulpien., VI, 10 : Propter liberos (dotis) retentio fit, si culpa mulieris, *aut patris cujus in potestate est*, divortium factum sit.

Cur me huic locabas nuptiis? sin est probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere [1]?

Et cette plainte touchante se retrouve dans le *Stichus* de Plaute, pièce dont toute l'intrigue porte sur cet abus de la puissance paternelle.

Nam aut olim, nisi tibi placebant, non datas oportuit,
Aut nunc non æquum est abduci, pater [2].

Je sais bien que chez les Romains les mœurs tempéraient les rigueurs de la loi, et qu'on se tromperait souvent en prenant à la lettre ces duretés légales; mais il n'est pas moins vrai que cet absolu de la puissance paternelle se maintint dans toute sa sévérité beaucoup plus longtemps qu'on ne pense; il suffit, pour se convaincre, de lire la constitution par laquelle Antonin [3] accorde l'exception *doli mali*, pour paralyser l'interdit *de liberis exhibendis*; c'est plutôt une prière faite au père qu'une atteinte portée à cette puissance, base de la constitution romaine pendant la république, et qui, sous l'empire, se maintint longtemps encore par la seule majesté des souvenirs [4].

[1] Auctor ad Herenn. II, 24.

[2] Stichus. A. 1, sc. 2, v. 73-75. L. 1. De his qui not. infam. D. III, 2.

[3] Paul. Sent. V, 6, § 15.

[4] « Si quis filiam suam, quæ mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? Et certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur; *quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur ne acerbe patriam potestatem exerceat*. Ulp. l. I, § 5, de lib. exhib. D. XLIII, 30. L. 5, C. de repud., V, 17. »

Sous Dioclétien cette toute-puissance est évanouie, et, par un retour d'idées plus humaines, c'est le mari qui maintenant a le droit de revendiquer sa femme, quand le père la retient malgré sa volonté.

« *Si*, dit un rescrit de l'empereur, *si invita de-* » *tinetur uxor tua a parentibus suis, interpellatus* » *rector provinciæ, exhibita muliere, voluntatem* » *ejus secutus, desiderio tuo medebitur* [1].

CHAPITRE III.

Des droits de la fille sur la fortune paternelle, durant la vie du père.

La famille ainsi organisée, il est évident que, du vivant du père, la fille n'avait aucun droit sur les biens paternels; qu'elle ne pouvait en aucune façon en empêcher l'administration ni la vente, comme firent au moyen âge certains héritiers privilégiés. Elle ne pouvait non plus contraindre son père à l'établir. Le père qui dotait sa fille accomplissait un devoir pieux; mais ce don bienveillant n'était nullement une charge de la puissance paternelle, puissance souveraine qui ne connaissait pas de restrictions.

Ce furent les lois Julia et Papia Poppæa, lois monarchiques et qui, pour anéantir le vieil esprit

[1] L. 11. C. de Nuptiis, V. 4. *Voyez* aussi L. 2, de Lib. exhib. D., XLIII, 30.

romain, portèrent une atteinte profonde à l'antique constitution de la famille; ce furent, dis-je, ces lois qui les premières obligèrent le père à ne point entraver le mariage de sa fille, et le contraignirent même à la doter. Peut-être cependant cette obligation ne date-t-elle que de l'empereur Sévère; car le seul texte qui nous reste est ambigu et prête également aux deux sens.

« *Capite XXXV legis Juliæ*, dit Marcien, *qui* » *liberos, quos habent in potestate, injuria prohi-* » *buerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem* » *dare non volunt, ex constitutione Divorum Severi* » *et Antonini, per proconsules præsidesque* » *provinciarum coguntur in matrimonium collo-* » *care et dotare; prohibere autem videtur et qui* » *conditionem non quærit* [1].

Ainsi le père ne fut obligé de doter sa fille, qu'à une époque où la raison du sang commençait de prévaloir sur la raison politique. Ce fut un devoir paternel, un *officium paternum*, indépendant de la condition de puissance, et il fallut doter la fille émancipée, aussi bien que celle qu'on avait gardée sous sa main [2]. L'obligation devait être aussi grande pour la mère, puisque le motif de décision était le même dans les deux cas; néanmoins la loi fut moins exigeante à son égard.

« *Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi* » *ex magnâ et probabili causâ, vel lege specialiter*

[1] L. 19, de Ritu nupt. D., XXIII, 2.
[2] Vangerow Pandektenrecht, § 216.

» *expressa, neque pater de bonis uxoris suæ in-*
» *vitæ ullam dandi habet facultatem* [1]. »

CHAPITRE IV.

De la Querela inofficiosi *et de la légitime.*

Le père qui, de son vivant, ne devait rien à la fille, ne lui devait rien non plus en mourant. L'idée d'une légitime, c'est-à-dire d'un droit de copropriété donné à l'enfant sur les biens du père, était une idée inconnue des premiers Romains, et tout à fait incompatible avec l'absolu de la puissance paternelle. Le père avait le droit de tuer son enfant, comment n'aurait-il pas eu le droit de le déshériter? *Licet eos exheredare quos et occidere licebat*, dit le jurisconsulte Paul [2]. La volonté du chef faisait seule la loi de la succession. *Uti legassit super familia tutela ve suæ rei, ita jus esto.* C'est ainsi que parlait la loi des Douze Tables.

Ce droit rigoureux s'adoucit par l'influence de l'édit prétorien. On exigea d'abord, à peine de nullité du testament, que le chef de famille déshéritât formellement le fils en puissance; car ce fils, la jurisprudence, en dépit des anciens principes, tendait à le considérer comme ayant des droits à la fortune paternelle, et il semblait juste de n'admettre l'exhérédation que là où la volonté du testateur était incontestable. *Certo enim judicio li-*

[1] L. 14, de Jure dotium. C. V, 15.
[2] L. 11, de Lib. et post. D., XXVIII, 2.

beri a parentum successione removendi sunt, dit Hermogénien [1]. Il ne faut pas encourager les exhérédations, dit ailleurs Scævola [2].

Quant à la fille, qui jouait dans la famille un rôle moins important, sa position était plus précaire. Pour la dépouiller il suffisait d'une exhérédation faite par une clause générale (*inter ceteros*) [3], défaveur qui subsista jusqu'au règne de Justinien [4]. Et lors même que le père, sans déshériter sa fille, l'avait simplement omise dans ses dernières volontés, le magistrat respectait encore le testament. Toutefois, il donnait une part à l'enfant oublié, sage mesure qui mettait des intérêts sacrés à l'abri de l'indifférence du testateur [5].

Le préteur alla plus loin ; ce ne fut plus seulement le droit des membres restés dans la famille qu'il protégea contre l'absolue volonté du chef, ce fut la parenté naturelle qu'il fit triompher; et quand le testateur oublia d'exhéréder la fille que l'émancipation avait fait sortir de la famille, le préteur donna à l'enfant oublié la possession de biens *contra tabulas* et l'interdit *quorum bonorum*. Sous l'empire de cette protection prétorienne, la raison du sang prévalut de jour en jour sur l'arbitraire de l'homme [6].

Dans ce progrès d'idées humaines, on en vint,

[1] L. 18, p. de B. P. contra tab. D., XXVIII, 4.

[2] L. 19, de Lib. et posth. D., XXVIII, 2.

[3] Ulp., XXII, 14-23. Gaius, II, 124. Paul, Sent. recep. III, 4. B., § 8.

[4] Inst. II, 13, § 5. L. 4. C. de Liber. præt. VI, 28.

[5] Gaius, II, 134, 135. Instit., II, 13, p. et § 1. Walter, *Hist. du Droit privé*, ch. 19.

[6] Instit., II, 13, § 3.

dès le temps de la république [1], à donner aux héritiers exhérédés sans juste cause, non pas une action (le respect dû à la puissance paternelle s'y opposait), mais une plainte, *querela inofficiosi*, contre le testament qui les dépouillait légalement. On supposa que le chef de famille qui, sans motifs légitimes, avait marqué les siens de la flétrissure de l'exhérédation, et qui avait si gravement violé le devoir du sang, l'*officium pietatis*, n'avait point toute sa raison. Sur ce motif, et quand la plainte sembla fondée, les centumvirs cassèrent le testament, comme fait par un incapable [2]. Le testament anéanti, les héritiers du sang recueillirent la succession *ab intestat*.

La *querela inofficiosi* exposant au hasard des procédures tout testament où les héritiers légitimes n'avaient point de part, on eut l'idée de désintéresser en quelque sorte les héritiers en leur assurant à tout événement une portion déterminée de la succession. Cette part, la jurisprudence (par imitation peut-être de la quarte Falcidienne), la fixa au quart des biens laissés par le défunt [3]. La part ainsi faite aux héritiers, le testament ne fut plus attaquable par la *querela inofficiosi* [4].

[1] Cicer. in Verr., I, 42. Val. Max., VII, 5, 7.

[2] L. 2, de Inoff. test. D. V, 2. Inst. de Inoff., II, 18, pr. Walter. l. c.

[3] Justinien porta la légitime au tiers quand il y avait quatre enfants; à la moitié s'il y en avait davantage (Nov. XVIII, c. 92). La Novelle est encore en vigueur dans des pays qui ont conservé la législation romaine, en Italie par exemple (Dall'. Olio., Leggi Romane IV, 62).

[4] Walter, *Hist. du Droit privé*, ch. 19.

L'établissement d'une légitime, c'était le renversement légal de l'arbitraire paternel, c'était le triomphe de ce sentiment naturel qui nous porte à considérer les enfants associés aux travaux du père, et son plus cher mobile dans tous ses labeurs, comme les copropriétaires destinés par les lois à recueillir cette fortune, que le père n'eût point amassée sans l'espoir si doux de la leur laisser après lui.

CHAPITRE V.

De la succession directe ab intestat.

Dans les codes modernes, le droit de succession est établi sur le lien du sang; il semble, et avec raison, que rien ne soit plus naturel et plus convenable que de transmettre l'hérédité à ceux que la communauté d'origine et la familiarité de la vie ont dû placer au premier rang dans les affections du défunt. La succession est en quelque sorte un testament présumé; la loi parle au défaut du testateur. Il n'en était point ainsi chez les Romains.

Quand le citoyen mourait sans avoir disposé de son patrimoine, la succession appartenait à la *famille;* mais la famille, dans ces anciens jours, ne reposait point, comme chez les modernes, sur cette union indissoluble que la naissance établit entre le père et les enfants. La famille, chez les Romains, était une condition politique, indépendante de l'origine et du sang, de même nature enfin que la con-

dition d'homme libre ou de citoyen. Il y a trois états civils, dit Paul, *la liberté, la bourgeoisie, la famille.* « *Capitis diminutionis tria sunt genera, maxima,* » *media, minima. Tria enim sunt quæ habemus,* » *libertatem, civitatem, familiam* [1].

Cette famille a sa racine dans la puissance du chef de famille, et non point dans la communauté d'origine [2]. Ainsi sont membres de la même famille, et prennent part à la succession, tous ceux qui sont soumis à la même puissance, quel que soit le sang qui coule dans leurs veines. Sont exclus, au contraire, et de la famille et de la succession, toutes les personnes qui ne se trouvent pas en la puissance du chef, au moment de son décès, fussent-elles d'ailleurs unies au défunt par les liens les plus sacrés, fût-ce un fils, fût-ce une fille. Ainsi, l'enfant né du mariage, l'enfant adoptif, la femme *in manu*, tous trois en même puissance, ont tous trois un droit égal à la succession du chef; mais le fils émancipé, mais la fille qui, en se mariant, est passée en main étrangère, tous deux sortis de la puissance, ont perdu dans la famille leur condition civile et leur droit de succession (*capite minuuntur*), car ils sont ou chefs d'une nouvelle famille, ou membres d'une famille étrangère; et à Rome on ne peut avoir qu'une famille, comme ailleurs on n'a qu'une patrie.

La puissance du chef est si bien la source du droit de succession, que la condition de l'individu disparaît devant elle. On ne considère ni le sexe, ni le

[1] Paul., l. 11 de Cap. min. D., IV, 5.
[2] Theoph., Instit., III, 1, § 2.

degré : fils et petit-fils [1], femme, fille ou bru peuvent hériter tous ensemble et de même, pourvu qu'ils soient tous également en puissance.

En ce point, le droit romain se distingue des législations qui l'ont précédé, comme de celles qui l'ont suivi. Les lois anciennes, comme les lois modernes, ont en effet toujours eu égard au degré d'importance relative du fils, de la fille, de la femme, de la belle-fille, de l'enfant adoptif, et se décident par des considérations prises de cette importance personnelle. Je ne connais du moins que la législation romaine où les sentiments naturels mis de côté, la puissance du chef confonde tous les droits sous son inflexible niveau.

On comprend aisément qu'une fois hors de la puissance on ne succédait plus : quel titre alléguer ? on n'était plus de la famille. « *Emancipati liberi,* » *jure civili, nihil juris habent, neque enim sui* » *heredes sunt, quia in potestate parentis esse* » *desierunt, neque ullo alio jure per legem XII.* » *Tab. vocantur* [2]. » Mais le préteur fit triompher les droits du sang. Sans égard à l'émancipation, il supposa qu'à la mort du père l'enfant était encore en puissance, et sur cette supposition, il lui donna non pas l'hérédité (le préteur ne pouvait faire un héritier : à la loi seule appartenait ce privilége), mais la *possession des biens héréditaires*, un même résultat sous un nom moins ambitieux.

Ainsi, remarquez-le bien, la puissance paternelle

[1] Quand le père est émancipé ou mort, bien entendu.
[2] Inst., III, 1, § 9.

resta, en apparence du moins, la base de la succession civile. On viola l'esprit de la loi, tout en respectant la loi même, et ce fut en paraissant la compléter qu'on l'éluda.

CHAPITRE VI.

Succession collatérale.

Quand le défunt ne laissait pas d'héritiers directs en puissance, on appelait à lui succéder ceux qui naguère étaient soumis comme lui à un même chef de famille. Les personnes appelées à ce titre se nommaient les agnats; c'était la famille dans le sens le plus large du mot. « *Communi jure*, dit » Ulpien, *familiam dicimus omnium agnatorum;* » *nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singu-* » *las familias habent, tamen omnes qui sub unius* » *potestate fuerunt rectè ejusdem familiæ appel-* » *labuntur, qui ex eadem domo et gente proditi* » *sunt.* »

A l'origine, les femmes étant toujours *in manu* ou *in tutela*, on n'avait point songé à les exclure des successions légitimes auquelles les appelait leur titre d'agnation. Cette admission était sans danger pour la grandeur des maisons romaines, car la fortune des femmes restant comme leur personne sous la garde perpétuelle des agnats, ce n'était que du consentement des intéressés que ces biens pouvaient sortir

de la famille ; tout au plus avait-on à craindre la dissipation viagère du revenu. Mais quand la *manus* et la tutelle affaiblies, la loi Voconia, par un retour à l'antique sévérité, déclara les femmes incapables de recevoir par testament, on en vint, par une suite de l'esprit qui avait dicté la loi Voconia, à ne plus admettre les femmes à succéder parmi les agnats, encore bien que ce fût aux agnats qu'appartînt leur succession ; il n'y eut d'exception que pour les *agnatæ consanguineæ*, c'est-à-dire, pour les sœurs paternelles du défunt [1].

La loi civile ne connaissait que la succession agnatique ; car là où venaient à manquer les agnats, c'est-à-dire des personnes soumises autrefois à la même puissance, là nécessairement manquait cette puissance, seul fondement du droit de succession. L'hérédité était vacante. Dans ce cas les préteurs imaginèrent de déférer la possession des biens héréditaires aux parents naturels (*cognati*), c'est-à-dire à ceux qu'en dehors des liens factices de la famille romaine, la raison du sang appelait à s'entre-succéder. Sur ce terrain, il n'y avait aucun motif d'exclure les femmes; aussi les voyons-nous reparaître au premier rang parmi les cognats.

[1] Gaius, III, 121. « Quod ad feminas attinet, hoc jure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placet, aliud in ceterorum ab his capiendis. Nam et feminarum hereditates proindè agnationis jure redeunt atque masculorum. Nostræ vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent. Itaque soror fratri sororive legitima heres est ; amita vero et fratris filia heres esse non potest. Sororis autem loco nobis est etiam mater aut noverca, quæ per in manum conventionem apud patrem nostrum jus filiæ consecuta est. »

Le préteur ne se tint pas à ce premier progrès. La *bonorum possessio* ne fut plus seulement un supplément au droit héréditaire établi par les lois; la succession prétorienne s'établit à côté de la succession légale, et finit par l'absorber. Le préteur ferma les yeux sur l'émancipation qui avait fait sortir les enfants de la famille; et ne tenant pas compte de cette exclusion injuste, il appela tout à la fois à partager les biens du père, et les enfants restés en puissance, et les enfants émancipés [1].

Néanmoins la victoire du sang ne fut pas complète : en collatérale, les agnats, sans égard au degré, restèrent préférés aux parents qui ne faisaient plus partie de la famille; ainsi le frère et les descendants du frère se trouvèrent préférés à la sœur et à la nièce [2]. Mais à défaut d'agnats, le préteur appela les parents naturels jusqu'au septième degré, sans distinction ni préférence de sexe [3], et enfin après les collatéraux vint la femme, lorsque, n'ayant

[1] Gaius, III, 25. « Sed hæ juris iniquitates edicto Prætoris emendatæ sunt, 26. Nam eos omnes, qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem, proindè ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrent. » Walter, *Hist. du Droit privé*, ch. 18.

[2] Gaius, III, 27. « Agnatos autem capite diminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, id est, non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent, sed tertio proximitatis nomine : licet enim capitis diminutione jus legitimum perdiderint, certe cognationis jura retinent : itaque si quis alius sit, qui integrum jus agnationis habebit, is potior erit, etiam si longiore gradu fuerit. »

[3] Gaius, III, 29. « Feminæ certe agnatæ, quæ consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque suus heres, neque agnatus ullus erit. »

point été soumise à la *manus*, elle n'avait point fait partie de la famille de son époux [1].

Ainsi s'adoucit l'exclusion de la ligne féminine, exclusion qui, à la différence des coutumes germaniques ou féodales, n'était point fondée sur une préférence absolue des mâles, puisque la fille, la femme, et même en certains cas la bru, succédaient au défunt en concurrence avec ses fils, mais qui reposait sur le maintien politique de la famille, en réservant les biens aux seuls agnats. Les enfants de la fille, étant dans la famille de leur père, et non point dans celle de leur aïeul maternel, se trouvaient donc exclus par le principe même de la loi, et il fallait dans ce principe un renversement, tel que l'introduisit l'édit du préteur, pour permettre à ces petits-enfants de prendre part aux biens d'une famille qui n'était point la leur.

L'esprit antique de la législation, fort affaibli par les préteurs, disparut peu à peu sous l'empire. Des sénatus-consultes et des rescrits impériaux déclarèrent héritiers légitimes des parents sortis de la puissance paternelle. Ces *nouvelles successions légitimes*, comme les nomme Ulpien [2], indépendantes de la condition de puissance, bouleversèrent toute l'économie de l'ancienne législation. Le sénatus-consulte Tertyllien admit à la succession de ses enfants, de préférence aux agnats du second degré, la mère privilégiée du *jus liberorum*. Le senatus-consulte Orfitien compléta le bienfait du sénatus-consulte Ter-

[1] L. I. D., unde Vir et Uxor, XXXVIII, 11.
[2] L. I, § 8, ad S. C. Tertyll. D., III, 3.

tyllien, en admettant les enfants à la succession de la mère de préférence aux agnats maternels. Ces deux lois, sur lesquelles je reviendrai [1], renversèrent l'édifice de la loi des Douze Tables, édifice ruiné de longue main par les innovations du préteur, mais qui, en apparence, dominait encore la législation civile de toute sa majesté patricienne.

Les rescrits des derniers empereurs bouleversèrent plus énergiquement encore ces ruines du vieux temps qui embarrassaient la législation nouvelle. Valentinien admit les petits-enfants à la succession de l'aïeul maternel, concurremment avec les oncles ou les cousins agnats. Anastase appela les frères et sœurs émancipés à la succession du frère ou de la sœur demeurés en puissance, réservant double part à ceux qui étaient restés dans la famille [2]. Cette distinction sans objet, et qui ne reposait que sur un souvenir, fut sagement abolie par Justinien [3]. Enfin, ce dernier empereur acheva le triomphe de l'esprit nouveau en donnant le privilége de consanguinité aux frères et sœurs utérins [4], le droit d'agnation aux enfants des sœurs [5], et aux fils des frères émancipés [6].

Justinien eut, de plus, le mérite incontestable de débrouiller ce chaos où s'entre-choquaient dans une obscurité complète l'ancienne et la nouvelle législation. La Novelle 118 établit le droit de succes-

[1] *Inf.*, sect. 2, ch. 7.
[2] Instit., III, v. de Succ. cogn., § 1.
[3] L. 15, § 1, de Leg. hered., C. VI, 58.
[4] L. 15, § 1, C. eod.
[5] L. 14, § 1, C. eod.
[6] L. 15, § 1, C. eod.

sion sur le lien du sang et la proximité du degré, sans distinction de sexe, et sans égard à l'origine ou à la nature des biens qui composent l'hérédité. Ce système simple, clair, et que n'a point dépassé la civilisation moderne, suffirait seul pour venger Justinien des attaques injustes dirigées contre lui par des jurisconsultes plus antiquaires que législateurs [1].

Dans ce système, il n'y a plus de famille romaine dans le sens politique du mot, plus de distinction d'enfants émancipés ou en puissance, non plus que d'agnats ou de cognats; c'est le sang qui domine et la proximité qui fait le droit.

Je n'insisterai pas sur cette législation qui nous est familière. J'ai tant de choses curieuses à dire au lecteur, que je ne veux pas fatiguer son attention sur des questions épuisées.

SECTION DEUXIÈME.

La Femme dans la famille de son Époux.

CHAPITRE PREMIER.

De la Manus.

« *Nuptiæ*, dit Modestin, *sunt conjunctio maris* » *et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et* » *humani juris communicatio* [2]. »

[1] Les variations de la succession romaine sont fort clairement expliquées par Walter, *Hist. du Droit privé*, ch. 18.

[2] L. 1, de Rit. nupt. D., XXIII, 2, Denys Antiq., II, 25.

Cette communauté de vie, si noblement définie par le jurisconsulte, n'avait aucune influence sur le régime des biens durant le mariage. La communauté de fortunes, qui semble une si naturelle conséquence de l'union des personnes, fut toujours étrangère au génie romain. La cause en fut dans cette organisation politique de la famille, dont j'ai parlé tout à l'heure. Quand la femme entre dans la famille de son mari, quand (pour me servir de la vive expression des lois romaines) elle est sous la main du *pater familias*, elle est sans droit devant la souveraineté absolue du chef[1]; quand, au contraire, la femme ne passe point sous la puissance maritale, c'est une étrangère dans la famille; la dot exceptée, ses biens lui restent propres; seule elle en a la jouissance, et seule l'administration.

J'insiste sur ce point. Quand la femme est passée *in manu* au moyen de certaines solennités[2], elle n'est point l'égale de son mari; le *pater familias* ne connaît point d'égaux ni d'associés; sa toute-puissance ne souffre ni degré ni partage. La position que la femme prend dans la famille de son mari est précisément celle qu'elle quitte dans la famille de son père, c'est une fille[3]. La mère (et ce n'est point une

[1] Servius, ad Æneid., IV, 103. Coemptione facta, mulier in potestatem viri cedit, atque ita sustinet conditionem liberæ servitutis.

[2] Sur ces formalités, Walter, *Hist. du Droit privé*, ch. 7.

[3] Cela est vrai, quant aux biens, mais non quant à la personne; nous ne voyons pas, en effet, que le mari ait jamais eu, à Rome, droit de vie et de mort sur sa femme, comme le père avait sur ses enfants; la *manus* était certainement un droit moins dur que la *patria potestas* : je ne veux pour preuve que le pas-

fiction des jurisconsultes) est considérée par la loi comme la sœur (*consanguinea*) de ses propres enfants [1].

Cette situation dans la famille est pour la femme la règle de ses droits; c'est un enfant adoptif. Tout ce qu'elle possède avant sa venue en puissance, est dévolu de droit au chef de famille, qui la prend sous sa main. La *manus* est, comme l'*adrogatio*, une acquisition à titre universel. [2]

Et non-seulement l'apport de la femme appartient au mari, mais encore tout ce qu'elle acquiert pendant le mariage, à quelque titre que ce soit, devient immédiatement la propriété du *pater familias*. C'est pour lui seul qu'elle enrichit la famille, car pour elle, aucun droit de propriété ne peut résider sur sa tête, non plus que sur celle des enfants en puissance; la femme *in manu* n'est point *sui juris* [3].

Mais quand le mariage se fait sans *conventio in manum*, la position de la femme est tout à fait dif-

sage suivant de Gaius, II, 90. « Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem acquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in nostrâ potestate sunt : an autem possessio adquiratur quæri solet, *quia ipsas non possidemus.* » Hasse, Guterrecht der Ehegatten, §§ 26 et 27.

[1] « Mulier viri conveniebat in manum, et vocabantur hæ nuptiæ per coemptionem, et erat mulier mater familias viro loco filiæ. » Boëce, Top., II (ed. Orell., p. 299). Gaius, III, 24. Coll. ll. Mos., XVI, 11, § 3.

[2] « Ipsa igitur in manum conventio, dit le même Boëce, omnia quæ mulieris fuere, viri facit dotis nomine, non procedente tempore, sed statim propria vi naturæ. (ed. Orell., p. 307) Servius, Georg., I, 31. Et bene SERVIAT; quia quandocumque in manu convenerat, omnia protinus, quæ doti dicebantur, marito serviebant.

[3] Gaius, II, 86, 90, 98. Hasse. Guterrecht, § 27.

férente. La femme entre dans la maison, mais non dans la famille de son mari, et tout en vivant avec son époux, elle reste de droit dans la dépendance de celui qui la tenait en puissance avant le mariage. Alors, suivant l'expression de Cicéron, c'est une épouse, mais ce n'est point une *mater familias* [1].

Dans cette situation, le mari n'a aucun titre pour se mettre en possession des biens de la femme, car ce n'est point le mariage qui donne la puissance du *pater familias*, c'est la *manus* seule, et cette *manus* il ne l'a point acquise. La femme, ou ceux qui la tiennent sous leur empire, restent donc seuls propriétaires de ces biens, sur lesquels le mari n'a pas plus de droit qu'un étranger [2].

Ainsi, tandis que, dans le mariage suivi de la *conventio in manum*, la personnalité de la femme est absorbée par celle du mari, dans le mariage non suivi de *manus*, les deux époux restent étrangers l'un à l'autre pour ce qui concerne leur fortune; il y a séparation de biens absolue. Cette séparation est commandée par l'esprit d'une législation qui ne comprend pas la communauté, et ne connaît que la toute-puissance du chef.

[1] Cic., Top., c. 3. Genus enim est uxor; ejus duæ formæ: una matrum familias, earum quæ in manum convenerunt, altera earum quæ tantummodo uxores habentur.

A. Gell., XVIII, 6. Etenim probabilius est matrem familias appellatam esse eam solam quæ in mariti manu mancipioque, aut in ejus, in cujus maritus, manu mancipioque esset: quoniam non in matrimonium tantùm, sed in familiam quoque mariti, et in sui heredis locum venisset.

[2] Cic., pro Flacco, c. 34.

Cette indépendance des femmes, dans un État où elles étaient en tutelle perpétuelle, ne peut s'expliquer que par un intérêt qui, évidemment, n'est pas le leur; cet intérêt supérieur à celui du mariage, c'est l'intérêt de la famille à laquelle la femme se rattache par la naissance ou par l'adoption. La femme, en puissance ou en tutelle, ne s'appartient pas, et la puissance comme la tutelle ne peuvent sortir des mains du chef ou des agnats, que du consentement de ces maîtres de la famille. C'est une propriété toute dans leur intérêt, et dont le mariage de la femme ne peut nullement les dépouiller. Ainsi le pouvoir du *pater familias* absorbe et domine même ces droits sacrés que, chez tous les peuples, la loi prend aujourd'hui sous sa garde; la fille du Romain, c'est sa chose; à lui d'en disposer quand et comme il veut [1].

La tutelle des agnats affaiblie, il eût été naturel que, dans le cas au moins où ce droit supérieur de la famille n'existerait pas, la femme fût en puissance de mari, mais soit force de l'usage, soit manque de ressort moral, la femme affranchie de la tutelle agnatique continua de demeurer, quant aux biens, tout à fait indépendante de son mari, et cette indépendance ne fut peut-être pas une des moindres causes du luxe effréné qui amena l'abâtardissement du génie romain.

La législation impériale nous présente les deux époux complétement étrangers l'un à l'autre [2]. Tout

[1] *Voy.* sup., S. 1, ch. 1. Walter, *Hist. du Droit privé*, ch. 7.
[2] Tacite, Ann., IV, 16.

ce que la femme n'a pas apporté à titre de dot reste sa propriété exclusive. Sur les biens paraphernaux, le mari n'a d'autres droits que ceux que la femme lui veut bien concéder, comme elle ferait pour un mandataire étranger. C'est cette indépendance des femmes qui blessait au cœur le vieux Caton; c'était son argument de préférence pour chatouiller la fierté romaine, quand il voulut faire adopter la loi Voconia, dont le but était de restreindre cette richesse qui échappait à la main du mari.

« Lors de notre mariage, disait-il, notre femme » nous apporta une dot satisfaisante; depuis, elle a » reçu des sommes considérables qu'elle n'a point » confiées à la toute-puissance du mari; cet argent, » elle le prête à son époux moyennant intérêt, puis, » dès qu'elle est de mauvaise humeur, la voilà qui » envoie quelque esclave *paraphernal* poursuivre et » inquiéter le pauvre mari [1]. »

Caton, dans sa verve moqueuse, peint au naturel cette législation sans moralité qui, dans le mariage, place la puissance du côté de l'argent, et fait d'un mari pauvre le premier domestique d'une femme riche.

[1] A. Gell., XVII, 6. Principio nobis mulier magnam dotem attulit. Tum magnam pecuniam recipit, quam in viri potestate non committit; eam pecuniam dat viro mutuam. Postea ubi irata facta est, servum recepticium sectare atque flagitare virum jubet.

Plaute, Asin., A. I, sc. 1, v. 72 :

> Dotalem servum Sauream uxor tua
> Adduxit, cui plus in manu sit quam tibi.
> De—Argentum accepi, dote imperium vendidi.

L'esclave *Dotalis* de Plaute, est le même que le *servus recepticius* de Caton, c'est-à-dire, comme j'ai risqué de le traduire, l'esclave paraphernal, qui n'est point soumis à la puissance du mari, et qui n'a d'autre maître que la femme.

Nam quæ indotata est, ea in potestate est viri,
Dotatæ mactant et malo et damno viros[1].

Cet esprit de la loi romaine, Théodose, tout en le condamnant, est obligé de le reconnaître comme faisait Caton; mais on entrevoit dans les paroles de l'empereur non plus cette sécheresse satirique du Romain, qui veut confisquer les biens de la femme au profit de la cupidité jalouse du mari, mais comme un premier reflet de cet esprit chrétien qui doit jour confondre les biens des époux, comme il a identifié les existences.

« *Hâc lege decernimus ut vir in his rebus,* » *quas extrà dotem mulier habet, quas græce* » παραφερνα *dicunt, nullam, uxore prohibente, habeat* » *communionem, nec aliquam ei necessitatem im-* » *ponat. Quamvis enim bonum erat, mulierem quæ* » *se ipsam marito committit, res etiam ejusdem* » *pati arbitrio gubernari, attamen, quoniam condi-* » *tores legum æquitatis convenit esse fautores,* » *nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente,* » *virum in paraphernis se volumus immiscere*[2]. »

Ainsi en présence l'un de l'autre, et au milieu de la communauté de vie, étrangers par la fortune, ce devait être, chez un peuple aussi avare que les Romains, une lutte perpétuelle de l'époux le moins riche pour obtenir et s'assurer les biens du plus fortuné. La loi avait été obligée de prévenir l'obsession de la femme, ou les violences du mari, en prohi-

[1] Plaut., Aulul., A. IV, sc. 5, v. 60.
[2] Theod. et Valent., l. 8, de Pact. conv., C. V, 14.

bant entre époux ce qu'elle permettait à des étrangers, la donation [1]. Les belles paroles ne manquent pas pour colorer la prohibition, mais, au travers de cette emphase, on voit le vice attaché à cette séparation de patrimoine, et la necessité où se trouve le législateur de réfréner cette incessante cupidité qui devait être pour l'époux le plus faible un tourment et un danger de chaque jour [2].

Dirai-je enfin que la distinction des patrimoines était poussée si loin, qu'un mari avait contre sa femme l'action *legis Aquiliæ* pour lui faire réparer les bijoux même qu'il lui avait prêtés [3] et que les époux pouvaient intenter l'un contre l'autre *l'actio rerum amotarum*, accusation de vol sous un nom plus doux [4].

[1] Il va sans dire qu'il ne pouvait être question de donation dans le mariage suivi de *manus*; car la femme ne pouvait rien donner, n'ayant rien qui lui appartînt, et ne pouvait non plus rien recevoir, qui, à l'instant même, n'appartînt au mari. Pareille disposition se retrouve dans les lois anglaises, où l'exagération de la puissance maritale a fait également disparaître la personnalité de la femme.

[2] Sextus Cæcilius et illam causam adjiciebat, quia sæpe futurum esset, *ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum ut venalia essent matrimonia.* Hæc ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est, nam ita ait : « Majores nostri inter virum et » uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis ani» mis æstimantes, famæ etiam conjunctorum consulentes, *ne con» cordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem » incideret, deterior ditior fieret.* » L. 2, 3, de Don. int. vir. et ux. D., XXIV, 1.

[3] L. 26, § 30, l. 56, ad leg. Aquil. D., IX, 2.

[4] Paul.; l. 2, de Act. rer. amot. D., XXV, 2. Rerum amotarum judicium singulare introductum est, adversus eam quæ uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nervæ, Cassio, quia

Il faudrait dire également que la loi défendait à la femme de s'obliger pour le mari, mais il me semble que la loi avait établi cette prohibition plutôt à cause de l'incapacité générale qui pesait sur la faiblesse du sexe, que par considération pour la situation des femmes durant le mariage. En peu de mots, ce n'était point à l'épouse, c'était à la femme qu'il était défendu de s'obliger.

CHAPITRE II.

De la dot, dos, res uxoria.

Le régime dotal prit naissance où la *manus* n'existait point. Quand le père garda sa fille en puissance, quand les agnats ne voulurent point se dessaisir d'une tutelle qui leur assurait la succession de la femme, il fut naturel, ce semble, que la femme contribuât pour une certaine part aux charges du ménage; cet apport de la femme, ce fut la dot [1].

La loi ne faisait point de la dot une condition du mariage, et je ne connais que Majorien qui jamais ait eu l'idée de faire un crime de la pauvreté [2]; mais dans l'usage, et chez les Romains comme chez les

societas vitæ quadammodo dominam eam faceret; aliis, ut Sabino et Proculo, furtum quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure; in qua sententia et Julianus rectissime est.

[1] Sur les différentes formes de constituer la dot, Walter, *Hist. du Droit privé*, cap. 7.

[2] Major., Nov. 8. Ambos infamiæ inurendos qui fuerint sine

Grecs, la dot était le caractère de l'union légitime; c'est elle qui distinguait l'épouse de la concubine.

> Sed ut inops, infamis ne sim, ne mi hanc famam differant,
> Me germanam meam sororem, in concubinatum tibi
> Sic *sine dote dedisse*, magis quam in matrimonium.

Ainsi s'exprime un personnage de Plaute, écho fidèle des idées romaines [1].

A l'origine, la dot fut acquise au mari aussi complétement et aussi irrévocablement que l'universalité des biens de la femme pouvait l'être dans le régime de la *manus*. « *Dotis causa perpetua est,* » dit Paul, *et cum voto ejus qui dat ita contrahitur,* » *ut semper apud maritum sit* [2]. » La seule différence fut qu'à une acquisition de plein droit et à titre universel, fut substitué un apport conventionnel, acquis à titre particulier.

La confusion de la dot dans le patrimoine du mari resta supportable tant que le mariage fut perpétuel; mais quand se généralisa le divorce, la position de la femme devint des plus fâcheuses. La femme divorcée était dépouillée, ses biens s'étant perdus dans les biens du mari. Ce fut alors que, pour parer à ce grave inconvénient, on imagina, dans l'intérêt de la femme, les *cautiones* et les *actiones rei uxoriæ*. On stipula, lors du mariage, la restitution

dote conjuncti, ita ut nec matrimonium judicetur, nec legitimi ex his filii procreentur. Cette absurdité fut abolie par la Nov. 1 de Sévère (Code Théod., App., t. VI).

[1] Plaut., Trinum., A. III, sc. 2, v. 63 et 65. Cic., pro Quint., cap. 31.

[2] L. 1, de Jure dot.; l. 7, § 3. D., XXIII, 3. Marezoll, § 147.

en cas de divorce, des biens que la femme apportait au mari (*cautio rei uxoriæ*). De son côté, le préteur accorda une action (*actio rei uxoriæ*) pour fortifier ces conventions matrimoniales, et même pour suppléer à leur omission [1]. La restitution de la dot, introduite pour le cas de divorce, se généralisa ; on la stipula pour le cas de dissolution du mariage par le décès du mari, mais ce ne fut que dans la législation justinienne que la restitution eut lieu par le prédécès de la femme [2]. Jusque-là, sauf quelques exceptions, le mari gagnait la dot.

L'obligation de restituer altéra nécessairement le droit du mari sur le bien dotal. Sous la république, néanmoins, la loi ne cessa point de considérer le mari comme propriétaire de la dot pendant le mariage. Faire de l'époux un simple usufruitier, eût répugné à l'idée que les Romains se formaient d'un chef de famille. A lui seul la jouissance et l'aliénation du fonds dotal, à lui d'exercer seul, et sans le concours de la femme, les actions qui n'appartiennent qu'au propriétaire. Le droit du mari est tellement absolu, qu'il peut agir même contre sa femme, quand elle a détourné quelqu'un des objets de la dot [3].

Mais sous le règne d'Auguste, une loi Julia, qu'on croit être la *lex Julia de Adulteriis*, limita ce droit absolu. Il fallut le consentement de la femme pour

[1] Sur ces diverses procédures, Walter, *Hist. du Droit privé*, chap. 7.

[2] L. un., C. de Rei uxor. act. V, 13.

[3] L. 24, Rer. amot., D., XXV, 2. Ob res amotas, vel proprias viro, *vel etiam dotales*, tam vindicatio quam condictio viro adversus mulierem competit, et in potestate est qua velit actione uti.

aliéner le fonds dotal, et on ne put l'engager même avec ce consentement. Cette prohibition fut une protection accordée aux femmes, que la fréquence des divorces et l'exagération du luxe rejetaient dans la société, sans fortune, avec une créance illusoire contre un mari ruiné, et, par leur pauvreté, mises hors d'état de sortir du veuvage et de contracter cette seconde union qui était dans le vœu de la loi. « *Reipu-* » *blicæ interest mulieres dotes salvas habere prop-* » *ter quas nubere possint* [1]. » C'est ainsi que s'exprime Paul dans un passage cité souvent hors de propos.

Cette prohibition d'aliéner ne concernait que les propriétés italiques soumises seules au domaine quiritaire, quoiqu'il soit probable, suivant une remarque d'Heinnecius [2], qu'à l'égard des propriétés provinciales, on arrivait au même but par des moyens différents. Justinien étendit aux fonds provinciaux la prohibition directe de la loi Julia, et défendit l'aliénation aussi bien que l'affectation hypothécaire, même avec le consentement de la femme, « *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam dedu-* » *catur inopiam* [3]. »

Ces limitations de la toute-puissance maritale firent peu à peu considérer la femme comme restant propriétaire de la dot durant le mariage, « *cum natu-* » *raliter in rei permanserit dominio*, » dit le même

[1] L. 2, de Jure dot. D., XXIII, 3.
[2] *Antiq. rom.*, lib. 2, tit. de Usuc.
[3] L. un., C. V, 13, § 15.

Justinien [1], « *non enim quod legum subtilitate transitus rerum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.* » Ainsi, et avec les apparences du domaine le plus absolu, le mari n'a en réalité sur le fonds dotal qu'un domaine fort imparfait. Son droit ne va guère plus loin que celui d'un usufruitier, et sa dépendance se trouve encore augmentée depuis que l'empereur a donné à la femme, pour sûreté de la dot, l'hypothèque légale que la loi accordait au pupille sur les biens du tuteur [2]. Cette opposition de l'ancienne et de la nouvelle législation est malheureusement restée dans la compilation justinienne, d'où elle a passé dans la jurisprudence moderne qu'elle a fort embrouillée. La propriété du fonds dotal est tantôt attribuée au mari [3] et tantôt à la femme [4], et comme les textes ne manquent pas pour l'une et l'autre opinion, on a discuté depuis les glossateurs jusqu'à nos jours sans parvenir à une solution raisonnable, la confusion étant dans la loi même qu'il s'agissait d'éclaircir [5].

[1] L. un., de Jure dot., C. V, 12. Boeth. ad Top. Dos licet constante matrimonio in bonis mariti sit, est tamen in uxoris jure, et post divortium factum velut res uxoria peti potest.

[2] L. 30, C. de Jure. dot., V, 12.—L. un., § 1, 15, C. de Rei uxor. act., V, 13.—§ 29, Inst. IV, 6.

[3] Gaius, II, 63. Vat. frag., §.269. Pr. Inst. quib. alien. II, 8; l. 7, § 3; l. 8; l. 9, § 1, de Jure dot.; l. 13, § 2, de Fundo dot., D., XXIII, 5; l. 47, § 6, de Pecul., D., XV, 1; l. 23, de Jure dot., C. V, 12; l. 7, de Serv. pig., C. VII, 8.

[4] L. 3, § 5, de Minor., D., IV. 4; l. 71, de Evict., D., XXI, 2; l. 75, de Jure dot., D., XXIII, 3; l. 4, de Coll. bon., D., XXXVII, 6; l. 30, C. de Jure dot.

[5] Hænel, Dissens. dominorum, p. 436 et ss.

De nos jours M. Lœhr, dans le Magasin de Grolman, t. IV,

Les réformes de Justinien ouvrent une ère nouvelle dans l'histoire du régime dotal; c'est ce prince qui a constitué la dot telle que nous la retrouverons dans les usages romains du moyen âge. telle que l'ont conservée certaines législations modernes. Ce qui caractérise ce régime, c'est, comme je l'ai dit ailleurs [1], le maintien intégral de la fortune de la femme pendant la durée du mariage. Tout concourt à ce but : séparation des deux patrimoines, inaliénabilité du fonds dotal, prohibition des donations entre époux, défense à la femme de s'obliger pour le mari, défense au mari de restituer la dot pendant le mariage [2]; en peu de mots, la conservation absolue, et pour ainsi dire en nature [3], de la fortune de la femme, au travers de toutes les chances bonnes ou mauvaises que peut courir le mari, c'est l'âme du système de la dotalité. *Functio dotis*, dit Paul, *pacto mutari non potest, quia privata conventio juri publico nihil derogat* [4]. La loi a fait du maintien de la dot une question d'ordre public.

p. 57 et ss., a attribué le domaine au mari seul, opinion adoptée par la plupart des jurisconsultes modernes (Vangerow, Leitfaden, § 218, n° 1). M. Tigerstrœm *Dotalrecht*, t. I, p. 202, s'est prononcé pour l'opinion contraire.

[1] *Hist. du Droit de propriété*, liv. 4, ch. 6.

[2] L. 73, § 1. D., de Jure dot.; l. 20, Sol. matrim.

[3] L. 12, C. de Jure dot. Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quæritur, cum neque maritus uxori actionem empti possit acquirere, et dotis tantum actio tibi competat.

[4] Consult. veteris Jcti, IV. L. 1, D., Sol. mat., XXIV, 3.

CHAPITRE III.

Donation à cause de noces [1].

La prohibition de s'entredonner ne concernant que les époux, rien n'empêchait le fiancé de faire avant le mariage quelque donation à sa future épouse. Cet usage oriental s'introduisit sous les empereurs chrétiens dans la législation romaine, d'où il a passé dans les coutumes du moyen âge [2]. Ce don se nomme *Arrha sponsalitia* ou *ante nuptias donatio*. Le mariage une fois conclu, la donation appartenait à la femme.

Ce fut à cet ancien usage que l'empereur Justinien rattacha sous le même nom de *donatio ante nuptias* une institution fort différente. Ce fut, comme l'ἀντιφέρνη des Grecs, une espèce de caution que le

[1] Le véritable caractère de la *donatio ante nuptias* a été, de nos jours, l'objet de recherches fort intéressantes. Burchardi (*Civil. Archiv.*, IX, p. 197) voit dans cette institution un douaire, Warnkœnig (*ibid.*, XIII, p. 1), une donation équivalente à la dot qui appartient à la femme lors de la mort du mari, quand la dot appartient au mari survivant. M. de Lœhr (*ibid.*, XV, p. 431; XVI, p. 1), dont l'opinion est adoptée par Vangerow, voit dans la donation à cause de noces comme une dot du mari, c'est-à-dire comme la part qu'il apporte de son côté pour subvenir aux charges du ménage. Cette opinion nous semble peu compatible avec l'idée que les Romains se faisaient de la puissance maritale. Jamais chez eux le mariage (considéré quant aux biens) n'a été une société; il ne pouvait donc être question de l'appo: t du mari.

[2] L. 4, de Jure nupt., C. V, 5, § 3; Inst., II, 7, de Donation.

mari donnait à la femme pour sûreté de la dot, en lui faisant une donation de même valeur que cet apport.

« *Dos potest fieri sine donatione propter nup-* » *tias, sed donatio propter nuptias non potest* » *fieri sine dote. Sed tamen cum dos ab uxore* » *datur, et a viro propter nuptias donatio, et in* » *quantitate et in pactis debent esse pares. Sed si* » *donatio propter nuptias sit majoris quantitatis* » *quam dos, superfluum infirmatur et doti coæ-* » *quatur. Et similiter coæquatur, si major quan-* » *titas in dote sit quam propter nuptias dona-* » *tione* [1]. »

Ainsi s'exprime le coutumier romain connu sous le nom de *Petri Exceptiones*. Cette citation, qui nous conserve la physionomie de l'institution romaine, nous apprend en même temps la persistance de cet usage dans nos provinces méridionales, où la *donatio ante nuptias* fit fonction de douaire.

Et, en réalité, à bien considérer la *donatio ante nuptias*, dans la législation justinienne, il paraîtrait qu'elle n'avait d'effet qu'après le décès du mari, à peu près comme le douaire coutumier [2]. Si la

[1] Petri Exc., I, § 43.

[2] Quelques commentateurs veulent que la femme ait eu pendant le mariage la jouissance de la *donatio ante nuptias;* un coutumier écossais, publié dans le XIII[e] siècle, et qui, de son préambule calqué sur les Institutes de Justinien, se nomme *Regiam majestatem*, réfute judicieusement cette opinion. Cap. XV, § 8. Si mulieri dos (un douaire, une *donatio ante nuptias*) datur, et ipsa inducatur in possessionem saisinæ ejusdem, non tamen

femme mourait la première, la donation restait au mari avec l'usufruit d'une part de la dot, part égale à la *donatio ante nuptias;* si le mari prédécédait, la donation s'ouvrait alors au profit de la femme. C'était une propriété si elle n'avait pas d'enfants [1]; sinon, c'était un simple usufruit [2].

Cette donation suivant toutes les phases de la dot, pouvait, comme cet apport, se constituer et s'augmenter durant le mariage, d'où Justinien prit occasion de changer une appellation inexacte, et nomma cette libéralité, *propter nuptias donatio* [3].

On trouve encore chez les Grecs du moyen âge une institution qui mérite de fixer notre attention par l'analogie qu'elle présente avec des institutions d'origine barbare; c'est le *theoretrum*, espèce de *morgengabe* qui, ainsi que la donation germanique, se donne à la jeune fille pour prix de sa virginité διὰ τὴν

fructus inde percipiet ipsa, sed vir ejus eos percipiet ad sustentationem uxoris suæ et familiæ. § 9. Alias si maritus perciperet per se fructus donationis (de la dot) suæ uxoris, et uxor fructus suæ dotis per virum sibi datæ, non diceretur quod maritus donationem illam recipiet ad sustentanda onera matrimonii, cum tantum ei abesset quantum adesset.

[1] L. 29, de Jure dot. C. V, 12.

[2] Nov. XCVIII, c. 1; CXXVII, c. 3.—Petrus, lib. 1, § 35.

[3] Instit., II, tit. 7, § 2. Hujus modi autem donationes, dit le Brachylogus, coutumier romain du Xe siècle, id est dos et propter nuptias donatio, etiam constante matrimonio fieri vel augeri possunt, cum ceteræ donationes inter vivos, non solum inter viros et uxores, sed inter eas personas quæ sibi potestate junguntur sint prohibitæ, nisi si quid causa quotidiani victus inter se donent. Harum autem donationum parem esse quantitatem pactaque etiam de retentione pari modo componi et augmenta pari modo fieri, nova Justiniani constitutio jubet. Brachyl., lib. 2, tit. 13; Julian., Epit. nov., XC, 1, 2.

τιμὴν τῆς παρθενίας, se refuse à la veuve [1], et reste à la femme, même quand elle se remarie [2]. Le chiffre du *theoretrum* est fixé par la loi à un demi *aureus* par chaque livre de la dot.

CHAPITRE IV.

Succession mutuelle des époux.

Dans le mariage suivi de la *manus*, la femme, nous l'avons déjà dit, était à l'égard de son mari dans la position d'une fille; la mort de l'époux ne changeait pas sa situation. La femme succédait à son mari comme une fille succède à son père, comme *sua heres* [3], pour la totalité quand elle était seule à ce degré, pour une portion virile quand il y avait d'autres héritiers siens [4].

Mais dans le mariage libre, où la femme ne tombe pas en puissance, il ne peut être question de la suc-

[1] Harmenop., IV, 7, § 28.

[2] Harm. IV, 10, § 7.

[3] Servius, ad Æneid. VIII, 424. Nam, per coemptionem facto matrimonio sibi invicem succedebant. Gaius, II, 139. Omnimodo testamentum rumpitur quasi agnatione sui heredis... si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quæ in manu fuit nubat; nam eo modo filiæ loco esse incipit, et quasi sua est. Gaius, II, 159; III, 14. Ulp., XXIII, 3. Walter, *Hist. du Droit privé*, ch. 7.

[4] Gaius, III, 3. Uxor quoque quæ in manu est, sua heres est, quia filiæ loco est, item nurus, quæ in filii manu est, nam et hæc neptis loco est; sed ita demum erit sua heres, si filius cujus in manu erit, cum pater moritur, in potestate ejus non sit. Idemque dicemus et de ea que in nepotis manu, matrimonii causa sit, quia proneptis loco est.

cession de la femme au mari, puisque entre eux deux manque le lien de puissance, seule raison de la succession civile.

Le préteur essaya de corriger ce qu'il y avait de dur et d'injuste dans cette exclusion. A mesure, en effet, que triomphaient les sentiments naturels, et que devant des idées plus humaines s'abaissait la farouche inflexibilité de la famille romaine, il devait paraître plus pénible d'écarter la femme d'une succession, souvent enrichie par l'ordre et l'économie qu'elle avait fait régner dans la maison; mais ce n'est pas en un jour que les idées les plus justes emportent la victoire, et tout ce que put gagner le préteur ce fut de préférer la femme au fisc, en lui donnant la *bonorum possessio*, lorsque le défunt n'avait laissé aucuns parents (*cognati*) au degré successible. Ainsi, dans cet ordre de choses, qui est encore aujourd'hui le nôtre, les droits de la femme sont fort éventuels, et subordonnés à la non existence des parents très-éloignés. Il y a loin de là à cette succession infaillible qui attend la femme *in manu*, et l'on peut douter qu'à cet égard le dernier état de la législation romaine soit aussi équitable que le premier.

Dans les derniers temps de l'empire, on voulut, ce semble, préférer l'époux survivant à certains parents [1]; mais une constitution de Théodose coupa court à cette innovation. Une Novelle de Justinien, la cinquante-troisième, établit néanmoins une succession privilégiée en faveur de l'époux misérable,

[1] J. Goth. ad. l. 9. C. Th., de Leg. hered. Cujac. Obs., III, 12.

privilége réservé à la veuve seulement par la Novelle CXVII. Cette faveur fut, du reste, une exception sans influence sur l'esprit général de la législation. A l'époque des glossateurs, cette succession privilégiée fut généralement admise, les jurisconsultes de Bologne ayant inséré la Novelle parmi les Authentiques. Cette Authentique, connue sous le nom de *Præterea*, est encore en vigueur dans les pays restés fidèles à la législation romaine du moyen âge [1].

CHAPITRE V.

Du divorce.

Ce fut, dit-on, au sixième siècle de Rome, que Sp. Carvilius donna le premier exemple du divorce; jusque-là le mariage avait été indissoluble [2]. Cette anecdote, peu d'accord avec les autres monuments de l'époque, suppose chez les premiers Romains une sévérité de mœurs cruellement démentie par la suite de leur histoire. A Rome, en effet, plus qu'en aucune autre cité du monde, les divorces se multiplièrent avec une effrayante facilité; et l'on divorça non-seulement pour des motifs sérieux, tels que la mauvaise conduite, ou la stérilité de la femme,

[1] A Rome par ex. Dall. Olio, Leggi Romane, IV, 20.

[2] A. Gell., IV, 3; XVII, 21. Savig. Zeitschrift, t. V, p. 269. Wächter, Ueber Ehescheidung bey den Römern. Stutg. 1822.

mais souvent sans autre cause que le caprice, ou le libertinage.

> Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi,
> Jam gravis es nobis, et sæpe emungeris, exi
> Ocius et propera; sicco venit altera naso [1].

Le divorce était, dans l'origine, un droit qui n'appartenait et ne pouvait appartenir qu'au chef de famille; les femmes ne pouvaient divorcer; mais vers la fin de la république et sous l'empire, les femmes, admises à ce dangereux privilége, dépassèrent, s'il se peut, l'inconduite de leurs maris.

Un ami de Cicéron lui écrit froidement : « Paula » Valeria, la sœur de Triarius, a divorcé, sans motif, » le jour même où son mari revenait de la province. » Elle doit épouser D. Brutus [2]. »

« *Numquid*, dit Sénèque, *jam ulla repudio erubescit, postquam illustres quædam et nobiles feminæ, non consulum numero, sed maritorum annos suos computant? et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii* [3]. »

Le divorce avait une grande influence sur la fortune des deux époux, et en ce point il mérite particulièrement notre attention.

[1] Juvenal, Sat. 10. Val. Max., VI, 3, 10-12.
[2] Cic., ad Div., VIII, 7; pro Cluent., 5.
[3] Senec., de Benef., III, 16. Mart., Epigr., VI, 7 :

> Aut minus, aut certe non plus, tricesima lux est,
> Et nubit decimo jam Thelesina viro,
> Quæ nubit toties, non nubit, adultera lege est,
> Offendar mœcha simpliciore minus.

Si l'on en croit Plutarque [1], dès les premiers siècles de Rome, il y avait des peines pour celui des deux époux qui rendait le divorce nécessaire. Sous la république, on trouve des peines pécuniaires prononcées contre la femme [2], et s'exerçant sous la forme d'une *retentio dotis*. Les lois Julia et Papia Poppæa régularisèrent cette rétention de dot, et voici, si l'on en croit Boëce, comment elle s'exécutait :

« *Civitatis romanæ jure, liberi retinentur in pa-* » *tris arbitrio, usque dum tertia mancipatione* » *solvantur. Ergo si quando divortium interces-* » *sisset culpa mulieris, parte quadam dotis pro* » *liberorum numero multabatur. De qua re Paulus,* » *Instit. lib. II, tit. de Dotibus, ita disseruit :* quod » si culpa mulieris factum est divortium, in singulos » liberos sexta pars dotis a marito retinetur, usque » ad mediam partem dumtaxat dotis. *Quare*, conti- » nue Boëce, *quoniam quod ex dote conquiritur,* » *liberorum est, qui liberi in patris potestate sunt,* » *id apud virum necesse est permanere* [3]. »

Je ne vois point de droit établi au profit de la femme quand l'inconduite du mari est la cause du divorce [4], c'est que la femme n'avait jamais la charge des enfants. Par suite de l'idée exagérée qu'on se

[1] Plut., Romul., c. 22. Ainsi, selon Plutarque, le divorce eût existé dès les premiers temps : cette opinion est la plus probable. L'histoire de Sp. Carvilius s'explique du reste aisément, si l'on veut admettre que ce fut le premier divorce sans cause légitime.

[2] Cic., Top., c. 4.

[3] Boeth., Top., II, ed. Orell. p. 303.

[4] L'adultère du mari était seulement puni par la reddition immédiate de la dot. Ulp., VI, 13. Walter. *Hist. du Droit privé*, ch. 7.

faisait de la puissance du père, les enfants restaient toujours avec lui, jusqu'à ce que la loi *un. C. divortio facto* (V, 24) eut décidé qu'on remettrait les enfants à l'époux non coupable.

On rencontre encore dans Ulpien des peines pécuniaires *propter mores*, c'est-à-dire pour le cas où quelque faute grave nécessite la répudiation, et où d'autre part, il n'y a point d'enfant du mariage, et par conséquent point de *retentio propter liberos*. La peine des *mores graviores*, c'est-à-dire de l'adultère, c'est pour la femme la perte d'un sixième de la dot; cette perte n'est que d'un huitième au cas de *mores leviores*, c'est-à-dire de toute faute suffisante pour justifier le divorce, mais qui, néanmoins, ne va pas jusqu'à l'adultère[1].

L'influence des idées chrétiennes fit restreindre les causes du divorce, en même temps qu'elle fit exagérer la punition de l'époux coupable. Cette influence est visible dans les lois de Théodose[2], mais néanmoins Justinien fut le premier à défendre le divorce volontaire, qui jusqu'alors échappait aux peines de la loi; il ne le souffrit que lorsqu'un des époux voulait se consacrer à Dieu, et vivre en chasteté, εἰ μὴ τυχόν τινες σωφροσύνης ἐπιθυμίᾳ τοῦτο ποιήσουσιν[3]. Mais cette prohibition fut abolie par son successeur, sur ce motif, qu'il est des antipathies et des haines plus fortes que la raison humaine,

[1] Ulp., VI., 12.
[2] C. Th., de Repud., III, 16, l. 1, l. 2, l. 8, Cujas, Com. in tit. C. de rei uxor. act. Walter. *Hist. du Droit privé*, ch. 7.
[3] Nov. 117, c. 10.

et devant lesquelles la loi doit se laisser fléchir : ἐπεὶ δύσκολον διαλλάξαι τοὺς ἅπαξ ἀλογίστῳ πάθει τε καὶ μίσει κεκρατημένους [1].

CHAPITRE VI.

Des secondes noces.

Les lois Julia et Papia Poppæa poussaient au second mariage dans le but de favoriser la population ; elles punissaient des incapacités du célibat la femme qui ne se remariait pas dans les deux années du veuvage, ou dans les dix-huit mois du divorce. En ce point elles s'éloignaient de l'austérité des premières coutumes grecques [2] et romaines qui, du moins pour les femmes, voyaient avec regret une seconde union. L'esprit des lois chrétiennes, fut, on le sent bien, tout différent ; la législation théodosienne défavorisa les secondes noces, au moins quand il y avait des enfants d'un premier mariage. Théodose donna à ces enfants toutes les libéralités que la femme avait reçues de son premier époux à quelque titre que ce fût, soit par donation *ante nuptias*, soit par donation à cause de mort, soit par testament, par legs ou par fidéicommis [3]. Ses successeurs, animés du même esprit, exagérèrent ces premières rigueurs [4].

[1] Nov. 140, prolog.
[2] Diod. Sicul., XII, 12.
[3] L. 2, de sec. nupt. C. V, 9.
[4] Vangerow, Leitfaden, § 227.

Pendant que je m'occupe des secondes noces, je veux en finir pour ce qui concerne les lois de l'Église sur cette intéressante question.

La loi chrétienne ne défend pas le second mariage, mais elle le déconseille : *Paul*, ad Corinth, VII, 39 : « *Mulier obligata est lege quanto tempore vir ejus* » *vivit; quod si dormierit vir ejus, liberata est, cui* » *vult nubat, tantum in Domino.* »

40 « *Beatior autem erit si sic permanserit, se-* » *cundum meum consilium ; puto autem quod et* » *ego spiritum Dei habeam.* »

Cette défaveur des secondes noces trouva un facile accès près des Germains, races de mœurs sévères, dont Tacite exalte la pudicité comme un vivant reproche de la dissolution romaine [1]. Néanmoins l'Église d'Occident n'outrepassa point le conseil de saint Paul ; elle toléra le second mariage, se contentant de lui refuser la bénédiction nuptiale [2].

Mais l'Église d'Orient, beaucoup plus rigide, institua des peines canoniques contre le second mariage, et de plus sévères encore contre une troisième union. Ces peines furent adoptées par la loi civile, et l'empereur Léon, répétant, dans la Novelle XC, les dispositions du concile de Néocésarée, punit le second mariage et prohiba le troisième, sur ce motif singulier, qu'il était honteux à l'homme de se laisser

[1] Tacit., Germ., c. 19. Melius quidem adhuc eæ civitates, in quibus tantum virgines nubunt, et cum spe votoque uxoris semel transigitur. Sic unum accipiunt maritum, quomodo unum corpus unamque vitam, ne ulla cogitatio ultra, ne longior cupiditas, ne tanquam maritum, sed tanquam matrimonium ament.

[2] Burchardi, Decret., lib. IX, c. 23, 24.

vaincre par les brutes, parmi lesquelles il en est plusieurs (les tourtereaux, dit naïvement Godefroy), qui ne veulent point ensevelir une première union sous une seconde. Πολλὰ γὰρ τῶν ἄλογων, τοῦ ὁμοζύγου προαποφθαρεντος, διὰ βίου τὴν χηρείαν ἀνασπάζεται καὶ δευτέροις οὐκ ἐθέλει γάμοις τὸν πρῶτον ὥσπερ καταχωννύειν.

Enfin, après que le quatrième mariage de l'empereur Léon V eut mis en feu l'Église grecque, l'acte d'union de Constantin Porphyrogénète, défendit le quatrième mariage absolument, et le troisième quand l'un des époux avait plus de quarante ans, et qu'il existait des enfants d'une précédente union [1].

CHAPITRE VII.

De la mère.

Nous voici loin de la première famille romaine : il faut cependant y revenir, car nous n'avons pas encore parlé des droits réciproques de la mère et des enfants.

Dans l'union suivie de *manus*, la femme, soumise à la puissance du chef de famille, tirait de cet assujettissement son droit à la succession de ses en-

[1] Leunclavius, Jus Græco-romanum, t. 1, p. 105.

fants; mères et enfants s'entre-succédaient comme frères et sœurs, comme *consanguinei* [1].

Ainsi, par une conséquence bizarre, mais rigoureuse, la femme *in manu*, non-seulement n'a pas d'héritiers siens, mais à proprement parler, elle n'a point de descendants, elle n'a que des collatéraux; c'est à titre d'agnats que ses descendants héritent, en concurrence avec toutes les personnes qui ont été soumises au même dégré à la même puissance paternelle.

Dans le mariage libre, la mère était dans une position encore plus fausse; comme elle n'était point dans la famille de son mari, elle ne pouvait ni hériter de ses enfants, ni leur transmettre son héritage. Le lien du sang disparaissait devant le lien politique, le seul que reconnût la loi civile.

Le préteur appelait, il est vrai, la mère et les enfants à s'entre-succéder, mais seulement à titre de parents naturels (*cognati*). Il arrivait, par conséquent, que des agnats d'un dégré éloigné leur étaient souvent préférés. En ce point, la loi civile forçait la main au préteur. Pour appeler le fils émancipé à la succession du père, le préteur avait pu supposer que le fils se trouvait encore en puissance; agir ainsi, c'était tourner la loi sans la contrarier, c'était juger en fait sans porter directement atteinte aux prescriptions du droit civil; mais cette puissance, seul fondement du droit de succession, n'avait jamais existé entre la mère et

[1] Gaius, III, 14. Sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quæ per in manum conventionem apud patrem nostrum jura filiæ consecuta est.

les enfants. Il n'y avait pas non plus d'agnation, puisque la femme n'était point tombée en main de mari. Supposer ces rapports où ils n'avaient jamais pu s'établir, c'était ouvertement préférer les droits de la naissance aux droits civils; c'était violer publiquement la loi des XII Tables, le préteur ne le pouvait pas.

Cette révolution vint, en effet, des lois qui introduisirent de nouvelles successions légitimes. Le sénatus-consulte Tertyllien, de l'époque d'Adrien, admit à la succession des enfants, de préférence aux agnats, la mère privilégiée du *jus liberorum*; seulement elle n'eut droit de succéder qu'à défaut d'héritiers siens ou d'agnats du premier degré, c'est-à-dire, à défaut du père ou des frères consanguins [1]. Le sénatus-consulte Tertyllien était évidemment une conséquence du nouvel esprit que les lois Julia et Papia Poppæa avaient introduit dans la législation romaine.

Sous Marc-Aurèle, le sénatus-consulte Orfitien compléta le bienfait du sénatus-consulte Tertyllien en admettant les enfants à la succession de la mère, de préférence aux agnats maternels. Ce fut une seconde victoire de l'équité naturelle sur la rigueur du vieil esprit romain; un nouveau droit de succession (*nova hæreditas*) par opposition au *jus antiquum* [2]; et comme le fondement de ce nouveau droit, était le lien du sang et non plus la puissance, la *capitis diminutio* n'exerça aucune influence sur ces succes-

[1] Paul., IV, 9; Ulp., XXVI, 8. Inst., III, 3, § 2. Walter, *Hist. du Droit privé*, ch. 18.

[2] L. 1, § 9. D., XXVIII, 17.

sions nouvelles : au contraire, et par une conséquence nécessaire, l'enfant naturel fut appelé à la succession maternelle [1].

Néanmoins la victoire n'était pas complète : les petits-enfants ne succédaient pas à leur aïeule. Ce fut une constitution des empereurs Valentinien et Théodose qui compléta la législation nouvelle, en appelant et les petits-enfants à la succession de l'aïeule, et les enfants de la fille à la succession de l'aïeul maternel [2]. Du reste, il se conserva de l'ancienne législation, certaines restrictions au profit des agnats, restrictions sans objet, sagement abolies en Orient par Justinien [3], mais qui se maintinrent en certaines lois romaines de l'Occident, car elles répondaient au sentiment qui, dans les lois barbares, donnait aux mâles la préférence [4].

Les empereurs chrétiens étendirent le droit des mères ayant le *jus liberorum* [5]. Justinien, ce grand protecteur des femmes, comme il se nomme quelque part [6], abolit ce privilége dans ce qu'il avait d'exclusif [7]; il donna à la mère, quel que fût le nombre de ses fils, une part d'enfant, toutes les fois qu'elle concourrait avec les frères et sœurs, et il lui reconnut un droit de succession en concurrence avec le père [8]. La Novelle CXVIII acheva la révolution depuis longtemps com-

[1] Instit., III, 4, §§ 2 et 3.
[2] L. 4, § 2, de legit. hæred. C. Th., V, 1.
[3] L. 12, de suis et legit C. VI-55. Nov. 18.
[4] Papianus (Lex Rom. Burg.), tit. 10.
[5] L. 1, l. 7, de legit. hæred. C. Th., V, 1.
[6] Nov. XXI, in pro.
[7] L. 2, de Jure lib. C. VIII, 59. § 4. Inst. de S. C. Tertyll., III, 3.
[8] L. 7, ad S. C. Tertyll. C. VI, 56.

mencée : ce ne fut plus par la faveur d'un sénatus-consulte ou d'une constitution impériale que la mère et les enfants s'entre-succédèrent; la naissance seule fit le droit. Dans un tel ordre de succession, les ascendants, sans distinction de sexe, ont une place déterminée, comme classe de parents spéciale. Ils succèdent à défaut de descendants, et en concurrence avec les frères et sœurs. La loi les appelle à partager les biens, dans l'ordre que le défunt eût sans doute choisi s'il s'était vu mourir.

Par une conséquence naturelle des nouveaux principes, la mère qu'excluait de la tutelle la sévérité de l'ancienne jurisprudence, fut appelée au premier rang à protéger ses enfants que personne ne pouvait aimer et défendre mieux qu'elle [1].

Il est une remarque que je ne puis me lasser de faire, et que le lecteur fera sans doute aussi souvent que moi; c'est que cette amélioration dans la position de la mère, cette juste place qu'elle occupe dans la législation, elle le doit évidemment aux influences chrétiennes. Ce n'est pas par un adoucissement insensible que les lois romaines sont arrivées là; leurs principes n'enserraient point de pareilles conséquences. Ce fut par un renversement de la législation que les idées chrétiennes se firent jour, et assurèrent à la mère une juste prépondérance. Cette révolution légale, qui date de Constantin, fut la consécration de la grande révolution sociale qui avait commencé trois siècles plus tôt. C'est ce que ne veulent pas comprendre ceux qui ac-

[1] L. 3, § ult. C. Th., III, 17.

cusent Constantin et Justinien d'avoir bouleversé la jurisprudence romaine. Et oui, sans doute, ils bouleversèrent toute cette antiquité païenne, mais pour remplacer la dureté des anciens principes par la douceur des principes chrétiens. C'est ce qui explique la persistance des lois romaines jusqu'à nos jours. Ces lois restées, ne sont pas les lois de la république, ce sont les lois des empereurs chrétiens, c'est la morale chrétienne réalisée dans les institutions. Tout ce qui était de Rome païenne a péri, ou s'est desséché peu à peu; les seules branches vivantes nous sont venues du christianisme, et celles-là dureront autant que cette divine religion.

CHAPITRE VIII.

Réflexions générales sur ce qui précède.

En résumé, un seul fait, et, si j'ose le dire, une seule loi historique, domine la longue époque que nous venons de parcourir, et donne le secret des révolutions juridiques que nous avons esquissées. Ce fait, c'est l'adoucissement progressif de la condition des femmes, et le triomphe de ce sentiment naturel qui porte à considérer la mère comme l'égale de ses enfants, la femme comme l'égale de son époux. Si ce mémoire a mis suffisamment en lumière cette vérité historique, le but de l'auteur est atteint.

A l'origine, la fille n'est guère qu'un esclave de plus dans la maison; et l'épouse *in manu*, qui a le

rang d'une fille, n'est également qu'un être sans défense devant le despotisme du maître. C'est une chose dont le Romain prend possession par la *hasta*, comme il ferait d'un domaine, et dont il dispose à son gré. « *Cœlibari hasta*, dit Festus, *caput nubentis convelatur... quod nuptiali jure imperio viri subjicitur nubens, quia hasta summa armorum et imperii est.* »

Mais peu à peu le droit s'adoucit; le préteur protége les enfants contre l'indifférence du père, et la fille est souvent appelée à une succession dont le droit civil l'exclut. Il est vrai qu'elle est moins favorisée que le fils, qui doit devenir chef de famille, elle qui sera toujours dans la dépendance d'autrui, et qui, incapable de la puissance paternelle, n'aura jamais de famille, *familiæ et caput et finis*, suivant la vive expression des lois romaines; mais néanmoins son droit est reconnu par le préteur; la voix du sang s'est fait entendre, et cette voix, faible dans l'origine, a enfin triomphé complétement dans la législation justinienne. La fille y tient le même rang que le fils. Cette égalité, qui est le chef-d'œuvre de la législation, suffirait seule pour assurer à Justinien le titre de grand législateur. Nous ne l'avons pas surpassé.

Si la position de la fille est devenue parfaite, il n'en est pas de même de la situation de l'épouse. Cette situation s'est bien améliorée à mesure que s'est élevée la condition des femmes; mais en voulant atteindre le but qui est l'égalité des deux époux, on l'a dépassé. La loi romaine n'a pas voulu ébranler la

toute-puissance maritale, et, pour ne pas la limiter, elle l'a détruite de quelque façon, en plaçant la femme en dehors de la famille, en faisant de l'épouse, non plus une associée, mais une pensionnaire dans la maison du mari. La législation romaine a toujours été faible en ce point, et il était destiné au christianisme de résoudre ce difficile problème, et de placer la femme au rang qui lui appartient véritablement.

Sous la domination des barbares, nous retrouverons les sages principes de la dernière législation romaine, mais obscurcis, mais étouffés par un préjugé nouveau. Ce ne sera plus la toute-puissance du chef de famille qui tiendra la femme dans un perpétuel abaissement, ce sera la supériorité du sexe, la prédominance des mâles, seuls capables de défendre la famille contre les attaques du dehors. Mais c'est la destinée des idées d'égalité, qu'une fois semées dans la législation, elles germent et se développent tôt ou tard, et qu'une fois développées, elles ne disparaissent plus. La loi romaine fut l'arche sainte où ces idées se conservèrent dans les premières agitations de la barbarie; c'est avec la protection du nom romain que nous les verrons reparaître dans les lois du moyen âge, et finir par énerver la féodalité.

Mais avant d'étudier cette lutte nouvelle, voyons quelle fut, à Rome, la condition civile des femmes. Nous verrons dans la vie civile le même adoucissement progressif que nous avons suivi dans la famille, car tout se tient dans la condition des personnes, et il y a une réaction constante de la famille sur la société, et de la société sur la famille. La science divise pour

étudier; mais toutes ces divisions sont factices, il ne faut pas l'oublier; sinon, nous ressemblerions à ces anatomistes qui, en étudiant le cadavre, connaissent tout de l'homme, hormis ce qui fait l'homme, je veux dire la vie.

SECTION TROISIÈME.

De la capacité civile et politique des femmes.

CHAPITRE PREMIER.

De la tutelle perpétuelle des femmes.

Tant que la famille fut la base de la société romaine et domina la constitution même de l'État, la capacité civile des femmes fut à peu près nulle. Quand elles n'étaient point soumises à la toute-puissance d'un père ou d'un mari, elles étaient sous la tutelle des agnats, et ne pouvaient ni s'obliger, ni aliéner, ni même tester, sans l'autorisation de ces nouveaux maîtres [1]. Cette tutelle, qu'on le remarque bien, n'était point une précaution législative qui eût pour but de préserver les femmes des suites de leur inexpérience ou de leur faiblesse; c'était une institution politique, toute dans l'intérêt des agnats, et qui avait

[1] Gaius, IV, 118.

pour objet direct de leur assurer la succession de leur pupille[1].

De ce point de vue s'explique le caractère original de ce droit de tutelle. On conçoit comment les vestales étaient affranchies de cet assujettissement, elles qui n'étaient point soumises à la puissance paternelle, et dont les agnats n'héritaient point[2]. On comprend aussi comment le plus proche agnat, même mineur, même incapable, succède à la tutelle, et comment il peut la céder à qui bon lui semble comme sa chose, comme son patrimoine[3]. Du reste, à la différence du tuteur ordinaire, l'agnat n'avait point à s'occuper de l'administration des biens, cette administration regardait la femme ; à lui seulement de s'opposer à ce que, sans son autorisation, une aliénation ou une donation ne diminue ces biens que la loi lui destine un jour[4]. Au refus d'autorisation, la femme n'a rien à opposer ; car ce n'est point d'elle qu'il s'agit, ni de l'intérêt qu'elle peut avoir à vendre une pro-

[1] Gaius, I, 192. Sane patronorum et parentum legitimæ tutelæ vim aliquam habere intelliguntur, eo quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, præterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi, obligationisque suscipiendæ interveniat; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hæreditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hæreditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque ære alieno, minus locuples ad eos hæreditas perveniat.

[2] Plut., in Numa, c. 9. Gaius, I, 145. A. Gell., I, 12.

[3] Ulp., XI, 6. Rudorff. Vormundschaft, t. I, p. 199 et ss. Puggé, Rhein. mus., t. I, p. 150, nº 10.

[4] Ulp., XI, 25. Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt, mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

priété ou à rémunérer un service ; c'est du tuteur seul et de son intérêt que la loi s'occupe ; la femme est désarmée devant lui, et sacrifiée à la grandeur de la famille [1].

« *Si ea mulier*, dit Cicéron, *testamentum fecit,* » *quæ se capite nunquam diminuit, non videtur* » *ex edicto prætoris secundum eas tabulas pos-* » *sessio dari.* »

Cette condition singulière d'être *capite diminuta* pour pouvoir tester, a fort embarrassé les commentateurs ; pour moi, j'y vois une suite du principe sur lequel j'ai tant de fois insisté que je crains de fatiguer le lecteur.

Il y avait dans l'organisation de la famille romaine deux principes contradictoires et qui, tous deux, subsistaient en face l'un de l'autre ; c'étaient, d'une part, les priviléges de la famille auxquels l'individu était politiquement sacrifié ; c'était, d'autre part, l'omnipotence du chef qui dominait le droit de famille si puissant qu'il fût. Lors donc que le chef, père ou mari, n'avait point usé de sa souveraineté pour faire sortir de la famille sa fille ou son épouse (sortie qui entraînait de soi une *capitis diminutio*), la femme passait forcément sous la tutelle des agnats ; mais le père qui a mancipé sa fille à un ami complaisant, mais le mari qui, pour soustraire sa femme à l'avidité des agnats l'a émancipée [2], ou lui a donné par testament le droit de se choisir un tu-

[1] Gaius, I, 191. Cic., Top., c. 4. Boeth., lib. II, ed. Orell., p. 302.

[2] Festus, v° *Remancipatam*.

teur[1], ont forcé le privilége de la famille à céder devant leur toute-puissance, et il se trouve maintenant dans la république des femmes qui n'ont de tuteurs qu'en apparence, et qui dominent ceux qui devraient être leurs maîtres.

C'est cette liberté qui excite la bile de Cicéron, quand, dans un caprice de rhéteur, il se pose en défenseur des anciennes coutumes :

« *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii,* » *majores in potestate virorum esse voluerunt; hi* » (les jurisconsultes) *invenerunt genera tutorum* » *quæ potestate mulierum continerentur*[2]. »

CHAPITRE II.

Suite du même sujet. De la loi Voconia.

Les femmes une fois maîtresses de leur fortune, leur luxe et leur indépendance effrayèrent le vieil esprit romain; cette crainte fut la cause de la loi Voconia, inspirée et soutenue par Caton l'Ancien, vers l'an 585 de Rome[3].

La loi Voconia ne s'occupa point de la part qui revenait aux femmes dans les successions légitimes;

[1] Le sénat donna comme récompense à Fescennia Hispala : « ... Utique.... tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset (*optionem* et non pas *tutorem*). » Liv. XXXIX, 19. Gaius, I, 150-154.

[2] Cic., pro Murena, c. 12. Gaius, I, 137-195, et surtout 114.

[3] Tit. Liv., Ep. XIII. Cic., de Senect. Giraud, *du Vrai caractère de la loi Voconia*, dans les Mémoires de l'Académie, 1841.

car les femmes ne pouvaient hériter *ab intestat*, qu'autant qu'elles étaient en puissance, et, dans ce cas, elles retombaient sous la tutelle des agnats; mais elle défendit à toute personne inscrite au cens pour 100,000 sesterces[1], c'est-à-dire, faisant partie de la première classe (ce qui comprenait le plus grand nombre des fortunes)[2], elle défendit, disons-nous, à toutes ces personnes, d'instituer une femme pour héritière, car par cette institution on éludait les tutelles légitimes, en laissant toute sa fortune à la fille émancipée par avance. C'est ainsi du moins que s'explique un passage de Salluste cité par saint Augustin :

« *Nam tunc, id est inter secundum et postre-*
» *mum bellum carthaginiense lata est etiam illa*
» *lex Voconia, ne quis hæredem faceret, nec uni-*
» *cam filiam*[3]. »

La loi Voconia ne réussit point dans sa tentative réactionnaire. On trouva mille moyens de l'éluder. Quelquefois on parvint à ne pas se faire inscrire au cens; comme cet Annius Asellus, dont Verrès cassa le testament, contrairement aux usages formalistes de la jurisprudence romaine qui suivit toujours la lettre plutôt que l'esprit de la loi; système ridicule en apparence, mais sans lequel il n'y a point de li-

[1] Ascon., in Verr., II, 42, ed. Orell., p. 188. Gaius, II, 274. Dio Cas., LVI, 10.

[2] Festus, v° *Infra classem*. A. Gell., VII, 13. Niebuhr, Rœm. Gesch., III, p. 401.

[3] De Civit. Dei, III, 21. Les legs même furent prohibés au delà d'une certaine quotité. Cic., Verr., I, 43. Gaius, II, 226. Giraud, p. 35.

berté assurée dans une république, où ce qu'on a le plus à craindre n'est pas l'arbitraire de la loi, mais l'arbitraire du magistrat.

Inscrit au cens, on prit un autre moyen pour éluder la loi; on confia sa succession à l'honneur d'un ami, et cet ami rendit à la femme ou à la fille le fidéicommis qu'on lui avait laissé[1]. La loi faisait prêter serment de respecter la prohibition, mais les mœurs, plus fortes que les lois, firent considérer comme infâme celui qui trahissait la confiance du testateur[2]. La condition des femmes ne fut donc pas sensiblement changée. Telle est la destinée des lois contraires au penchant du siècle, soit qu'elles ravivent des idées vieillies, soit qu'elles introduisent des usages nouveaux qui ne répondent pas à une demande réelle. Ces lois ne jettent point racine, et le législateur qui a cru travailler pour l'éternité, les voit souvent sécher et se flétrir avant la fin du jour.

CHAPITRE III.

Des lois Julia *et* Papia Poppæa[3].

L'empire, qui s'éleva sur les ruines de l'aristocratie, devait effacer des lois civiles cette organisation politique de la famille, qui avait fait la force et la gran-

[1] Cic., de Finib., II, 17, 18. Esp. des lois, liv. XXXVII.

[2] A l'époque de Gaius (II, 274), le fidéicommis est légalement admis, et Aulu-Gelle (XX, 1) regarde la loi comme abolie.

[3] *Histoire du Droit de propriété*, liv. IV, ch. 11 et ss.

deur du patriciat romain. Aussi, dès le règne d'Auguste, les femmes et les fils en puissance furent-ils favorisés par la législation, et ces grandes lois Julia et Papia, qui fondèrent la monarchie dans les mœurs, furent en même temps celles qui agrandirent la capacité civile des enfants et des femmes aux dépens de l'antique constitution de la famille.

Il y eut des priviléges pour les mères. L'ingénue, qui avait trois enfants; l'affranchie, qui en avait quatre, sortirent de la tutelle perpétuelle des agnats ou du patron, ce qui leur donna la libre disposition de leur fortune et le droit de tester[1]. La tutelle des agnats, déjà fort ébranlée, fut abolie par un sénatus-consulte de Claude. Elle n'avait plus de sens depuis les modifications introduites par le préteur dans l'ordre des successions; les agnats ne succédant plus nécessairement à leur pupille, la tutelle, entre des mains qui ne devaient pas hériter, était un droit sans valeur, et une tyrannie sans objet.

A l'époque de Gaius, si l'on excepte l'autorité sérieuse du père et du patron, la tutelle des femmes n'est plus qu'une vaine formalité. Il faut, sans doute, l'autorisation du tuteur pour les actes *juris civilis* (ce qui est loin de comprendre tous les actes du commerce ordinaire)[2], et quand cette autorisation manque,

[1] Ulp., XXIX, 3.

[2] Ulp., XI, 27. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertæ suæ permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent.

Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est. Walter, *Hist. du Droit privé*, ch. 9, note 81.

on revient sur les obligations onéreuses à la femme. Mais la pupille pouvant contraindre le tuteur à donner l'autorisation, la tutelle n'est vraiment plus qu'un embarras dans la législation [1].

Les lois Julia et Papia Poppæa étendirent singulièrement la capacité de recevoir, et devant la faveur dont elles entouraient les mères, tombèrent les prohibitions de la loi Voconia. Les époux sans enfants ne pouvaient se laisser plus d'un dixième de leurs biens; mais dès qu'un enfant était né de leur union (quand bien même il n'aurait pas survécu à son inscription sur les registres publics, *nominum professio*), l'époux avait capacité pour recevoir un autre dixième. Trois enfants permettaient de recueillir toute la fortune laissée par l'autre époux. La faveur de la maternité allait si loin que, lorsque le second mariage était stérile, la femme qui avait des enfants d'une précédente union pouvait recevoir les libéralités de son nouvel époux, comme si les enfants du premier lit étaient nés du second mariage. Quand Auguste institua son héritière pour un tiers, Livie, mère de deux enfants, et qui, à ce titre, ne pouvait recevoir que deux dixièmes, il pria

[1] Gaius, I, 190. Feminas vero perfectæ ætatis, in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quæ vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et æquum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quæ perfectæ ætatis sunt, ipsæ sibi negotia tractant, et in quibusdam causis, dicis gratiâ, tutor interponit auctoritatem suam, sæpe etiam invitus auctor fieri a prætore cogitur. — 191. Unde cum tutore nullum ex tutela judicium mulieri datur; at ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

le sénat de la dispenser des incapacités de la loi ; le sénat donna à Livie le *jus liberorum*.

Ce fut surtout dans la capacité de recevoir par testament que parut le privilége des mères. Tandis que le célibataire ne pouvait rien recueillir dans le testament d'un étranger, et que les mariés sans enfants (*orbi*) ne recevaient que la moitié de la donation, la mère, qui avait trois enfants, recueillait toute la libéralité du testateur, et souvent même la part de l'incapable, le *dulce caducum* dont parle Juvénal.

Je viens de dire que le sénat accorda le *jus liberorum* à Livie qui n'avait que deux enfants. Ce fut par des priviléges de cette nature qu'on porta le dernier coup à la tutelle des femmes. Cette capacité extraordinaire, accordée par les empereurs à une foule de personnes, qui n'étaient point dans les conditions de la loi, amena la ruine de l'institution.

On trouve encore la tutelle des femmes sous le règne de Dioclétien[1]; passé cette époque, il n'en reste plus de vestiges. Dans la nouvelle législation, la femme n'a plus de tuteur que pendant sa minorité; et cette tutelle, c'est, sous un même nom, une institution toute différente de la primitive tutelle des agnats. Ce n'est plus maintenant au profit du tuteur, c'est au profit du mineur qu'elle est établie. Ce n'est plus un bénéfice, c'est, au contraire, une charge imposée au parent le plus proche : « *ad* » *tuendum eum qui propter ætatem se defendere*

[1] Fragm. Vat., §§ 325-327.

» *nequit;* » et, à ce titre de proximité, la mère et l'aïeule sont appelées à la tutelle.

CHAPITRE IV.

De la capacité civique des femmes.

Néanmoins, et malgré l'adoucissement de leur condition, la position civile des femmes fut toujours inférieure à celle de l'autre sexe. *In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum*[1]. Cet adage romain n'a jamais cessé d'être vrai. Sans doute, les femmes eurent la libre disposition de leurs biens, et, en ce point, elles furent aussi favorisées que les hommes, mais on ne les admit jamais à ces fonctions qui, sans être précisément politiques, demandent néanmoins une capacité que je nomme *civique*, pour la distinguer de la capacité purement civile.

« *Feminæ*, dit Ulpien, *ab omnibus officiis civi-*
» *libus vel publicis remotæ sunt*, *et ideo nec judi-*
» *ces esse possunt*, *nec magistratum gerere*, *nec*
» *postulare*, *nec pro alio intervenire*, *nec procu-*
» *ratores existere*[2]. »

[1] Papin., l. 9, de Statu hom., D., I, 5.

[2] L. 2, de R. J. D. L. 17. Brachylogus, IV, 4, § 7. Sexu removentur mulieres ne sint judices; nec etiam ad postulandum nisi in causa propria, vel filiorum suorum quorum tutelam gerunt, accedant. Item in testamentis adhiberi testes minime possunt; in judiciis vero, nisi adulterio damnatæ sint, testes admittuntur.

Ainsi les femmes ne peuvent être témoins dans un acte, encore bien qu'on reçoive leur témoignage en matière civile ou criminelle[1]; elles ne peuvent ni adopter, car elles n'ont point la puissance paternelle[2], ni être tutrices, car la tutelle est un *virile officium*[3]. Il leur est également défendu de juger ou de postuler, car juger et postuler sont encore des fonctions viriles, dont la pudeur naturelle de leur sexe doit les écarter : *ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur*[4].

Enfin, par une suite des mêmes idées, le sénatus-consulte Velléien leur défend de s'obliger pour autrui. « *Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt* » *feminis, et pleraque ipso jure non valent, ita* » *multo magis adimendum iis fuit id officium in* » *quo non sola opera nudumque ministerium* » *earum versaretur, sed etiam periculum rei fami-* » *liaris*[5]. »

Quelque familières que nous soient ces idées, il était nécessaire d'insister, car dans ce monde nouveau de la féodalité où nous allons entrer, nous tra-

[1] L. 20, § 6., D., XXVIII, 1; l. 18, de Testib., D., XXII, 5.

[2] Instit., I, 11, § 10.

[3] L. 16, l. 18, de Tutel., D., XXVI, 1. Nous avons vu qu'il y a une exception pour la mère et l'aïeule.

[4] L. 1, § 9, de Postul., D., II, 1; l. 12, de Judic., D., V, 1; l. 4, C. de Procur. Il ne faut pas oublier que chez les Romains les juges étaient des personnes privées, des espèces d'arbitres; car autrement rien ne serait moins extraordinaire que de voir les femmes exclues de cette portion de la puissance publique qui appartient aux magistrats.

[5] L. 1, ad S. C. Vell., D., XVI, 1.

verserons un système tout différent, et comme un mélange complet des idées germaniques, romaines, canoniques ou féodales.

Dans cette confusion, d'où est sortie la civilisation moderne, nous ne pouvons avancer avec quelque sécurité qu'en faisant à l'avance la part bien nette de chacun de ces éléments de législation.

CHAPITRE V.

De la capacité politique des femmes

Dans une organisation comme celle que je viens d'exposer, il n'y avait point de place pour la capacité politique des femmes.

L'idée de revêtir les femmes d'une magistrature, ou de les appeler à la succession du trône, ne pouvait guère être accueillie, comme le remarque Grotius, que là où ce trône et cette magistrature ont été considérés comme un patrimoine [1].

Il en fut ainsi, chez les anciens, pour le trône d'Égypte, et aussi pour la couronne de Bretagne, si on en croit Tacite [2]. L'Angleterre est toujours restée fidèle à la succession des lignes féminines, et il semble même qu'elle ait toujours entouré ses reines d'un respect et d'une affection singulière, comme fière de son obéissance.

[1] De Jure belli et pacis, II, 7, § 12.
[2] Tacite, Germ. Neque enim sexum in imperiis discernunt.

Mais à Rome (et ce que je dis de Rome est aussi vrai de la Grèce) il ne fut jamais question d'appeler les femmes au pouvoir, ni sous la république, où toute magistrature fut élective et militaire, ni sous les Césars, où la puissance impériale n'était que la réunion en une seule main des différentes magistratures, et où l'empereur, choisi par le sénat ou l'armée, s'intitulait simplement général (*imperator*), ou le premier des sénateurs (*princeps*). Les prétentions d'Agrippine revoltèrent ses plus chers amis, et cependant elle n'aspirait pas au trône et ne prétendait qu'à diriger l'empereur. Héliogabale, cet Oriental efféminé, fut le premier et le seul prince qui osa introduire une femme dans le sénat; ce qui parut un renversement de la constitution si monstrueux, qu'à la mort de cet insensé, on tua sa mère, Semiamira, pour laver dans le sang cet outrage aux lois antiques; et on fit immédiatement un sénatus-consulte spécial pour interdire à tout jamais aux femmes l'entrée du sénat, et vouer aux dieux infernaux le profane qui commettrait à l'avenir un pareil sacrilége [1].

Les femmes ne sont montées sur le trône qu'après que la monarchie, transportée en Orient, eut trouvé des sujets habitués à considérer la couronne comme un patrimoine; néanmoins l'idée de magistrature n'était pas éteinte, et, bien des siècles écoulés, il y

[1] Lamprid., in Heliog. Occisa est cum eo et mater Semiamira, probrosissima mulier et digna filio. Cautumque *ante omnid* post Antoninum Heliogalum, ne unquam mulier senatum ingrederetur, atque inferis ejus caput dicaretur devovereturque per quam id esset factum.

eut encore des murmures quand une impératrice, Irène, rêva de partager l'empire, à la façon des royaumes barbares, comme un héritage que l'on divise entre ses enfants [1].

Quelle était donc la position des filles d'empereur? à peu près celle des princesses d'aujourd'hui dans les pays où les femmes ne succèdent point au trône. On leur assignait des fonds de terre qu'on exemptait soigneusement de l'impôt; et Lebret, demandant la franchise pour l'apanage et le douaire des filles et de la veuve du roi de France, a pu s'appuyer sur la loi unique, C. Th., X, 25, sans qu'on songeât à se récrier sur l'étrangeté de la citation [2].

Quand les mœurs se ressemblent, les lois se répondent malgré la distance des siècles, et, dans un sujet de cette nature, les lois de la cour orientale d'Arcadius touchaient la question de plus près que les coutumes militaires de la féodalité.

[1] Gregoras, lib. VII. Grotius, de Jure B. et P., lib. II, cap. 7, § 12, n. z.

[2] Lebret, Act. 21 et 29.

LIVRE SECOND.

SECONDE ÉPOQUE.

LES GERMAINS.

SECTION PREMIÈRE.

La Femme dans la famille de son Père.

CHAPITRE PREMIER.

De la famille germanique.

Quelle que soit l'analogie spécieuse que présentent à douze siècles de distance deux peuples au début de la civilisation, il ne faut pas s'attendre à retrouver parmi les Germains la famille romaine ; à poursuivre cette ressemblance, la science des derniers siècles s'est souvent fourvoyée. Nous entrons maintenant dans un monde nouveau. Quelque grande que soit la puissance du chef, cette puissance n'est plus la base de la famille ; tous les droits viennent de la naissance et du sang : ni le mariage, ni l'éman-

cipation ne font perdre à l'enfant les priviléges qu'il tient de la nature; et, loin de favoriser l'arbitraire du chef, en lui permettant de disposer de sa fortune au gré de son caprice, les lois germaniques donnent aux enfants un droit actuel sur les biens paternels; un droit qu'on n'a pas craint d'assimiler à celui d'un copropriétaire. Non-seulement le père est obligé de laisser à ses enfants le bien de la famille, les *propres*, comme on les a nommés plus tard, mais de son vivant même il ne peut aliéner ces biens sans le consentement de ses futurs héritiers; tant a de force le lien sacré de la naissance!

Mais le sang n'est pas le seul élément de la famille germanique; il y a aussi un élément politique qui agit à la fois et sur la position des membres de la famille, et, par une conséquence naturelle, sur la division inégale des biens. C'est que la famille, chez les Germains, n'est pas seulement une agrégation de personnes unies par la communauté d'origine, c'est encore une organisation politique, une sainte fédération qui a pour but de défendre, par le conseil, par le serment, par les armes, et les personnes et les biens de l'association [1]. Toute injure faite à l'un des membres de cette société domestique est une injure faite à la société tout entière, et chacun, à peine d'infamie, doit poursuivre, jusqu'à la mort du coupable, la vengeance et la réparation du crime.

[1] De là le nom *sippe* qui, dans les anciennes coutumes allemandes, signifie la parenté; *sippe* ou *sibbe* c'est l'amitié, l'association. Grimm, D. R. A., p. 467. Nos coutumes françaises disent également *les amis de par le père*, etc.

« *Suscipere tam inimicitias seu patris, seu pro-*
» *pinqui, quam amicitias necesse est* [1]. »

Le partage de la défense et des vengeances, constitue la famille telle que l'entendent les lois barbares; c'est le secret de leur organisation domestique. Ainsi s'expliquent les coutumes dont les étranges dispositions nous frapperont d'étonnement. Le droit exclusif des mâles dans le partage du *wehrgeld*, c'est-à-dire de la composition que paye celui qui a outragé la famille; la préférence des mâles dans la succession du manoir qu'ils peuvent seuls défendre les armes à la main; la tutelle perpétuelle des femmes, toutes ces institutions, étranges en apparence, sont en réalité justifiées et commandées par l'organisation sociale de l'époque. Dans une société demi-sauvage, où les familles voisines sont sans cesse en guerre, où se battre est la seule gloire et la seule grandeur, c'est une nécessité que la richesse, c'est-à-dire un moyen de puissance et d'action, soit entre les mains de ceux qui, dans l'intérêt commun, peuvent en faire le meilleur usage.

Les priviléges de sexe ou d'âge, odieux à une époque où rien ne justifie cette préférence, parce que l'État garantit à tous égale sécurité et égale protection, ne sont que justes à une époque où la famille est un petit état isolé, indépendant, qui se protége et s'administre lui-même, et dont les chefs sont les premiers soldats [2]. Prendre la famille sous sa garde, c'est une rude fonction et qui mérite sa récompense,

[1] Tacite, Germ., c. 21.
[2] Tacite, *ibid.*, cap. 7, 10, 12, 21.

car c'est l'épée au poing que s'exerce cette périlleuse protection, et le privilége des mâles, des parents du glaive (*schwertmagen*), comme les nomment les coutumes du moyen âge, n'est souvent que le droit de mourir en défendant la famille.

CHAPITRE II.

Du chef de famille.

Cet élément politique donne à la famille germanique une physionomie presque romaine. Elle aussi se personnifie dans le chef qui protége et défend les siens. Femmes, enfants, esclaves, meubles et immeubles, tout est sous la garde du chef; c'est à lui seul qu'appartient le *wehrgeld* des siens, c'est lui seul qui représente au dehors la famille, et qui répond pour tous.

Néanmoins, et quelle que soit la ressemblance des deux institutions, on ne peut pas confondre la puissance paternelle (*patria potestas*) des Romains et la puissance paternelle des barbares, le *mundium* [1]. Il y a un abîme entre ces deux pouvoirs.

Jure Longobardorum filii non sunt in potestate patris, dit un vieux commentateur des lois lombardes, et cependant, en ce qui concerne l'autorité

[1] Comme le nom de *potestas*, *mundium* est une expression générale qui désigne la puissance du mari comme celle du père, le pouvoir des agnats comme celui du tuteur.

paternelle, ces lois sont les plus sévères parmi celles de la conquête.

Ce n'est pas qu'à l'origine il n'y ait eu peut-être une certaine affinité entre les deux puissances, car, dans les premiers temps, il semble que le *mundium* soit, par rapport aux personnes, ce qu'est la saisine (*investitura*, *gewehr*), par rapport aux biens, c'est-à-dire une espèce de saisine appliquée aux personnes, le droit de les défendre et de les garantir envers et contre tous, comme son bien, comme sa chose, en un mot, une puissance toute dans l'intérêt du père, comme la *patria potestas* des Romains; mais, dès l'époque de la conquête, cette puissance a dépouillé sa dureté. Les droits du sang ne sont plus sacrifiés, et si, dans le crépuscule des temps barbares, il semble que le père ait eu sur les siens une autorité absolue [1], il est impossible de méconnaître qu'une fois le christianisme levé, toutes les atrocités ont disparu devant cette grande lumière.

Le chef n'est point, comme le *paterfamilias*, le maître de la femme et des enfants, il n'est que leur gardien, *mundoaldus*; sa puissance est toute de protection, faite pour le protégé et non pour le protecteur. Aussi ne faut-il pas songer à cette rigueur romaine qui ne laissait au fils aucune personnalité, et transformait l'enfant en un instrument de travail, incapable d'acquérir, sinon pour le maître

[1] Hein. Antiq. germ., t. III, 302. Philipps Grundsätze, t. II, p. 92.

qui l'emploie ; rien de pareil dans les coutumes germaniques : la femme et le fils sont des personnes bien distinctes du mari et du père, et rien de plus fréquent que de voir les enfants acquérir une fortune indépendante, et en disposer à leur gré[1].

Une telle puissance paternelle cesse naturellement quand l'enfant n'a plus besoin de protection, quand il devient majeur, par exemple, ou qu'il va s'établir hors de la maison commune. Le mariage de la fille l'émancipe également ; mais en certaines lois qui ont conservé la dureté native, ce mariage dépend uniquement du père, qui n'est pas tenu de consulter sa fille, par ce motif : *quia non est credibile ut pater filiam suam, aut frater sororem suam, doloso animo, aut contra rationem cuiquam homini dare debeat*[2], mauvais raisonnement, qui fait abstraction des passions humaines, et qui conclut de ce que les hommes devraient faire à ce qu'ils feront.

CHAPITRE III.

De la dot (Faderfium).

Quand le père marie sa fille, il n'est point tenu de la doter ; c'est lui, au contraire, qui reçoit du mari

[1] Formulæ Sirmondicæ, IX, 11. Schwabenspiegel, cap. XVI. Sachsenspiegel, II, 19.

[2] Lombarda, II, 1, 10 ; II, 8, 1.

le prix du *mundium*, comme je le dirai dans la section suivante. Cette coutume est générale dans toutes les législations du Nord où n'a point pénétré l'élément romain[1], et quand un ravisseur prend la fille sans le consentement du père, ce dernier, en vertu du *mundium* qui lui reste, peut réclamer son enfant, avec des dommages-intérêts. Et si la fille meurt avant que le ravisseur ait acquis le *mundium*, en composant avec le père, les enfants sont bâtards et comme tels en la puissance de l'aïeul maternel, qui peut, en outre, demander pour sa fille morte un *Wehrgeld* de CCCC solidi. Ainsi dispose la loi des Alemans[2]. Celles des Wisigoths[3] et des Lombards[4] ne sont pas moins formelles.

Ce fut le christianisme qui, en ce point, modifia l'absolu de la puissance paternelle. Le sacrement

[1] Gaupp, Lex Saxon., p. 126; Lex Sax., VI, 1. Philipps, Gesch. der Angl.-Sachsen, § 36. Rosenvinge, Dänische R. G., § 17.

[2] Lex Alemann., tit. 54. Si quis filiam alterius non desponsatam acceperit sibi uxorem, si pater ejus eam requirit, reddat eam et cum 40 solidis componat. — Si autem ipsa femina sub illo viro mortua fuerit, antequam ille mundium apud patrem adquirat, solvat eam patri ejus 400 solidis. — Et si filios aut filias genuit ante mundium, et omnes mortui fuerint, unumquemque cum Weregildo suo componat patri feminæ. Greg. Tur., VIII, 23.

[3] L. Visig., III, 1, l. 3; III, 2, l. 8.

[4] Rotharis, l. 188. Si quis violento nomine (*al.* violenti animo) tulerit uxorem, componat ut supra (comme au cas du viol) solidos 900, et postea mundium ejus faciat. Nam si contigerit casus, ut antequam mundium ejus faciat, mortua fuerit, res ejus parentibus reddantur, et ille vir qui eam violento ordine tulerit uxorem, componat eam pro mortua, tanquam si virum de simili sanguine, id est fratrem ejus occidisset, ita appretietur, et eam parentibus pro mortua componere cogatur, aut cui mundium de ea pertinuerit. *Voyez* encore une loi fort curieuse, Rotharis, II, l. 55, § 2. Hein., El. Juris German., lib. I, § 379.

jouant le principal rôle dans le mariage, il fallut que le droit du père cédât devant le fait accompli, ce fait ayant été consacré par l'Église.

Quand un jeune homme a quatorze ans accomplis, il peut prendre femme sans le consentement de son père, et s'il n'a pas de père mais bien un tuteur, il peut également prendre femme sans le consentement du tuteur.

Si le mariage a été consommé (*ob der Knabe und diu junc Frow ir Fleisch zu einander gemischt hant*), il est indissoluble ; autrement on peut séparer les deux époux.

A douze ans, la jeune fille est nubile (*zu iren Tagen kommen*), et le mariage subsiste, quoique contracté malgré la volonté du père et des autres parents[1].

Ainsi s'exprime le *Miroir de Souabe*, écho fidèle des idées canoniques.

La puissance sur les biens marche toujours de pair avec la puissance sur les personnes, et c'est nécessité que l'une s'affaiblissant, l'autre cède. Une loi de Canut défend de vendre la femme à l'époux[2] ; les autres coutumes barbares, également modifiées par l'influence chrétienne, attribuent à la femme la libéralité faite par le fiancé, et transforment en douaire cette donation qui, dans l'origine, profitait au père. Plus loin, je reviendrai sur ce sujet.

Du reste, et à mesure que gagne la civilisation romaine, on voit s'introduire l'usage de doter la fille, ce qui est le contre-pied des idées germaniques. Plusieurs lois s'occupent de régulariser cette dona-

[1] Schwabensp., c. 55 (ed. Lassberg).
[2] Canut., l. 72.

tion, qui rappelle, à plus d'un égard, la *dos profectitia* des Romains[1]. Dans un capitulaire ajouté par Childebert à la loi salique, et dans lequel perce clairement l'influence romaine, nous voyons la dot favorisée à ce point qu'elle forme préciput et succession privilégiée au profit de la fille[2]. La loi lombarde autorise également cette donation du père, mais, plus fidèle aux principes germaniques, elle décide que cette libéralité sera toute la part de l'enfant dans la succession paternelle[3], sévérité que nous retrouverons dans plus d'une législation du moyen âge[4].

Cette exclusion n'était, du reste, établie qu'au profit des mâles; et quand il n'y avait que des filles pour prendre part à la succession paternelle, la fille mariée rapportait le don qu'elle avait reçu de son père (le *Faderfium*, suivant l'expression lombarde), et partageait également avec ses sœurs[5].

[1] L. Alem., tit. 55; l. Bajuw., tit. 7, c. 4. Dans les coutumiers allemands, cette donation du père porte le nom de *Heimsteuer*, *Aussteuer*. Haltaus à ces mots.

[2] Pertz., II, 6. Si quis pater aut parentes quando filiam suam marito donat, quantum ei in nocte illa quamlibet rem donavit, toto extra partem incontra fratres suos vindicet.

[3] Rotharis, l. 18. Si pater filiam suam, aut frater sororem suam legitimam alii ad uxorem dederit, in hoc sibi sit contenta de patris aut fratris substantia, quantum ei pater aut frater in die nuptiarum dederit, et amplius non requirat. *Voyez* encore la loi 132 du même prince.

[4] Loisel, Inst. cout., II, V, 25.

[5] Rotharis, l. 199. Habeat sibi morgengab et methium; de Faderfio autem, id est de alio dono quantum pater, aut frater, dederit ei quando ad maritum ambulaverit, mittat in confusum cum aliis sororibus, et illa alia soror, una aut plures, tollat unaquæque in antea quantum pro mundio pater aut frater liberando

A la mort de la femme, le *Faderfium* appartenait aux enfants, sans que le mari pût y prétendre aucun droit. A défaut d'enfants, la dot faisait retour à la famille du donateur.

Rotharis, l. 121. « *Et si filios de ipsa muliere*
» *habuerit legitimos, habeant filii Morgincap et*
» *Faderfium suæ matris, et si filios de ipsa non*
» *habuerit, revertatur ipsa facultas ad parentes*
» *qui eam ad maritum tradiderunt; et si parentes*
» *non habuerit, tunc prædicta facultas ad curtem*
» *regis perveniat.* »

Cette dernière disposition est injuste, et la loi lombarde est la seule, peut-être, qui n'ait point senti que les droits du mari sont plus sacrés que l'intérêt du fisc.

CHAPITRE IV.

Principe du droit de succession chez les Germains.

« *On est tenu*, dit Tacite, dans un des passages de la Germanie qui révèlent le mieux l'exactitude de son observation [1], *on est tenu d'embrasser les*

eam ad parentes mariti defuncti dederit; reliquam patris aut fratris substantiam æqualiter dividant.

La *meta* que la femme mariée avait reçue de son époux, remplaçait pour elle le prix du *mundium*, qu'elle prenait en moins dans la succession paternelle.

[1] Germ., c. 21.

haines aussi bien que les amitiés d'un père ou d'un parent.

» *Du reste, ces haines ne sont point implacables; on rachète l'homicide même par une certaine quantité de grains ou de menu bétail; et la satisfaction est acceptée par toute la famille : politique d'autant plus sage, que les inimitiés sont plus dangereuses dans cet état de liberté.* »

Cette communauté de défense est la base de la succession germanique; je l'ai déjà fait entendre, mais j'insiste sur ce point qui, seul, explique les lois de succession chez les barbares.

Succéder, c'est le privilége des membres actifs de la famille, des braves qui tiennent l'épée (*schwertmagen*) [1]; la défense commune est la condition de ce privilége. Qui renonce au serment, au conseil, à la commune vengeance, celui-là n'a plus de part à la succession, car on ne peut renoncer aux charges sans abandonner les bénéfices; et cette renonciation doit être publique, car c'est une abjuration politique qui intéresse tout le canton.

« Si quelqu'un, dit la loi Salique [2], veut sortir du parentage,

[1] Liutp., Leg., II, 7. Si quis Longobardus ab aliquo homine, quod Deus avertat, interemptus fuerit, et causa secundum legem ad compositionem veniat, et ipse qui occisus est filium masculum non reliquerit, quanquam filiam instituissemus heredem, sicut masculos in omnem substantiam patris, aut matris; ipsam tamen compositionem voluimus ut accipiant parentes ejusdem propinqui, qui occisus fuerit, illi qui per caput succedere possunt; quia filiæ ejus, eo quod femineo sexu esse probantur, non possunt ipsam faidam levare. . . . . . Et si propinqui non fuerint, tunc medietatem de ipsa compositione suscipiant filiæ ejus, si una aut plures fuerint, et medietatem curtis regia.

[2] L. Sal., t. 63. *De illo qui se de parentillâ tollere vult:*

» qu'il vienne au plaid devant le centenier; là, qu'il brise sur
» sa tête quatre baguettes de saule, qu'il jette ces tronçons dans
» le mail (*in mallo*), et qu'il déclare renoncer au serment, à la
» succession et à tout rapport de famille.

» Et si, par la suite, quelqu'un de ses parents meurt ou est tué,
» qu'il ne touche rien, ni dans la succession, ni dans le *Wehrgeld*
» du mort.

» Et si c'est lui qui meurt ou qui est tué, que son *Wehrgeld* et
» sa succession appartiennent, non point à ses parents, mais au
» fisc, ou à la personne à qui le fisc les donnera. »

On voit combien, chez les Germains, le principe de succession est différent du principe de l'hérédité romaine, mais il y a une seconde différence qui distingue plus profondément encore ces deux systèmes, dont le mélange a cependant formé les législations modernes.

L'hérédité romaine comprend l'universalité des biens et des droits du défunt; point de distinction entre les différents objets de la succession, soit à raison de leur nature, soit à raison de leur origine. L'hérédité est une masse compacte qui ne souffre point de division, et qui n'appartient qu'à un seul successeur, représentant absolu de celui dont il hérite. La succession germanique n'a pas ce caractère : non point qu'on ne rencontre aussi chez les barbares des héritiers qui succèdent à tous les droits comme à toutes les obligations du défunt, mais cette indivisibilité n'est qu'accidentelle. Les Germains ne connaissent ni cette unité de patrimoine, ni cette continuation absolue de la personne qui caractérisent l'hérédité romaine. Les biens dont se compose la fortune du Germain conservent chacun leur cachet

particulier, et ne se confondent pas entre ses mains. A la mort du possesseur, ces distinctions apparaissent dans toute leur force. La succession de l'Alleu, réglée par les coutumes de la nation, n'est pas la même que la succession du bénéfice ou de la précaire, uniquement déterminées par la concession; la succession des biens de la famille, des *propres*, n'est point la même que celle des *acquêts*; l'héritier des meubles n'est pas toujours l'héritier des immeubles, souvent même il y a plusieurs héritiers pour les meubles, et il y a quelquefois pour le *wehrgeld* une succession particulière [1]; ainsi, dans une même hérédité, il y a différentes sortes de biens, différents ordres de succession, et différents héritiers [2].

C'est cette diversité féconde qu'il ne faut jamais perdre de vue, si l'on veut comprendre des coutumes qui ont introduit un esprit nouveau dans le droit de succession, esprit qui a puissamment agi sur le développement de la législation féodale, et dont la trace est encore visible dans nos lois civiles, comme de ces racines profondes que les bouleversements du sol n'ont pu faire disparaître entièrement.

[1] La loi Salique (tit. 65, c. 1) donne le Wehrgeld pour moitié seulement aux fils du défunt; l'autre moitié appartient aux parents qui sont intéressés dans la vengeance.

La loi des Frisons, tit. 1, c. 1, a une disposition semblable. Liutprand, lib. II, ch. 7.

[2] Les Français, comme gens de guerre, ont reçu divers patrimoines et plusieurs sortes d'héritiers d'une seule personne. Loisel, Instit. cout., II, V, 12; et Laurière, *ibid.*

CHAPITRE V.

De la succession des filles en ligne directe.

1° Succession de l'Alleu.

1. « Que le fils, dit la loi des Thuringes[1], et non la fille,
» prenne la succession du père. Si le défunt n'a pas de fils, qu'on
» donne à la fille l'argent et les esclaves, mais que la terre appar-
» tienne au plus proche parent paternel;

2. » Si le défunt ne laisse ni fils, ni filles, que la sœur prenne
» l'argent et les esclaves, mais que la terre soit donnée à l'agnat
» paternel;

3. » Si le défunt ne laisse ni fils, ni fille, ni sœur, mais seule-
» ment une mère, que la mère prenne la part qu'aurait eue la fille,
» c'est-à-dire l'argent et les esclaves;

4. » S'il ne laisse ni fils, ni fille, ni sœur, ni mère, que le plus
» proche parent paternel succède pour le tout; qu'il ait l'argent,
» les esclaves et la terre.

5. » C'est à l'héritier de l'Alleu qu'appartiennent le vêtement
» de guerre, la vengeance et le Wehrgeld.

6. » Que la mère, en mourant, laisse à son fils la terre, l'ar-
» gent et les esclaves, et qu'on donne à la fille les colliers, les
» chaînes, les bijoux, les pendants d'oreilles, les robes et tout ce
» qui servit à l'usage personnel de la mère.

7. » S'il n'y a ni fils, ni fille, mais une sœur, à la sœur l'argent
» et les esclaves; la terre à l'agnat paternel.

8. » Les agnats paternels succèdent jusqu'à la cinquième géné-
» ration; passé ce degré, la fille prend toute la succession, soit

[1] Lex Anglior. et Werinorum, id est Thuringorum, tit. VI, de Alod.

» du père, soit de la mère; l'hérédité passe alors de la lance au » fuseau[1]. »

Cette loi est le miroir fidèle du vieil esprit germanique. La loi Salique et la loi Ripuaire qui toutes deux appartiennent, avec la loi des Thuringes, à une même famille de coutumes germaniques[2], s'expriment avec non moins de rigueur; l'exclusion des filles semble même plus sévère; on dirait qu'elles sont exclues indéfiniment par les parents mâles du degré le plus éloigné.

Lex Salica, LXII, § 6. « *De terra vero salica nulla portio hereditatis mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota terræ hereditas perveniat*[3].

Lex Ripuar., LVI, § 4. « *Sed dum virilis sexus extiterit, fœmina in hereditatem aviaticam non succedat.* »

Les autres coutumes, telles que les lois des Alemans[4], des Bavarois[5], des Saxons[6] et des Bour-

[1] M. Gaupp (Schles. Land-R., p. 82) pense qu'à l'origine, la préférence des mâles était absolue et ne s'arrêtait point au cinquième degré; et il attribue cette limitation de la parenté à l'influençe des idées canoniques. *Voyez* aussi Eichhorn, R. G., § 65, 208.

[2] Gaupp, das alte Gesetz der Thuringer. Breslaw, 1834, p. 241 et ss.

[3] Ce n'est point le moment de discuter les diverses acceptions de la *terra salica;* dans ce passage elle est évidemment synonyme de la *terra aviatica* des Ripuaires. L'édition de Schilter donne pour leçon *tota terra propria.*

[4] Lex Alem., t. LVII, 92.

[5] Lex Bajuv., t. XIV, § 9; Meichelb., n° 29, 175, 178.

[6] Lex Saxon., t. VII, c. 1, 5.

guignons [1], préfèrent le fils à la fille dans la succession de l'Alleu, et, en ce point, elles ressemblent aux coutumes saliques; mais elles préfèrent la fille aux collatéraux. Dans cet adoucissement, il est difficile de méconnaître l'influence d'une civilisation plus avancée. L'esprit romain commence à se faire jour.

Cette prédominance des idées romaines est visible dans une loi de Liutprand qui corrige les duretés de l'ancienne loi lombarde, et préfère ouvertement la fille aux collatéraux [2]. Je retrouve également cette préférence dans une constitution de Chilpéric qui remonte aux premières années de la conquête [3]. Cette constitution, publiée dans ces dernières années par M. Pertz, est une nouvelle preuve de la rapidité avec laquelle, en France, l'élément romain a pénétré et transformé l'élément germanique.

« *Simili modo placuit atque convenit, ut si*
» *quiscumque vicinos habens aut filios, aut filias,*
» (qui) *post obitum suum superstites fuerint,*
» *quamdiu filii advixerint terram habeant, sicut*
» *et lex salica habet. Et si subito filii defuncti*
» *fuerint, filia simili modo accipiat terras ipsas,*
» *sicut et filii, si vivi fuissent, habuissent...... Et si*
» *subito frater moriens fratrem non dereliquerit*
» *superstitem, tunc soror ad terram accedat possidendam.* »

Un décret de Childebert, de l'an 596, nous montre

[1] Lex Burg., t. XIV, § 1.
[2] Liutprand, l. 1. *Voy.* aussi Rotharis, l. 154-162.
[3] Entre 561-581. Pertz, t. II, p. 10.

cette victoire accomplie dans la législation, et achève le triomphe des droits du sang, en admettant la représentation des enfants de la fille aussi bien que des enfants du fils.

Cap. I. « *Ita, Deo propitiante, Antonaco, kalendas Martias, anno vicesimo regni nostri convenit, ut nepotes ex filio vel* ex filia, ad aviaticas res, *cum avunculos vel amitas, sic venirent in hereditatem, tanquam si pater* aut mater *vivi fuissent. De illos tamen nepotes istud placuit observare qui de filio vel de filia nascuntur, non qui de fratre.* »

La loi Salique, lors de la nouvelle publication qu'en fit Charlemagne, n'a point conservé trace de ce changement capital ; et cependant il n'est pas douteux que la révolution fut générale, car, dans les collections qui nous restent des pays où semble avoir régné la coutume salique, les diplômes abondent qui appellent les filles à la succession.

La loi des Ripuaires, au contraire, dans un chapitre qui n'a point d'analogue dans la loi Salique, et qui, à juger par la singularité de sa rédaction, semble une addition aux texte primitif, suppose la succession des filles.

Tit. XLVIII. « *Si quis procreationem filiorum vel* filiarum *non habuerit, omnem facultatem suam in presentia regis, sive vir mulieri, vel mulier viro, seu cuicumque libet de proximis vel extraneis, adoptare in hereditatem, vel adfatimi, per scripturarum seriem, seu per traditionem et testibus adhibitis,* se-

» cundum legem Ribuariam *licentiam habeat.* »

Cette coutume adoucie, qui conserve la préférence des mâles à égalité de degré, mais qui préfère aux agnats les femmes d'un degré supérieur, a été l'esprit à peu près général des lois de succession pendant le moyen âge [1], et cet esprit a subsisté dans toute l'Europe jusqu'à la révolution française [2]. L'origine de cette préférence était donc germanique et non pas féodale, si toutefois on doit distinguer des coutumes germaniques la féodalité, qui ne fut que le développement du germe fécond, apporté par les barbares, sur cette terre où le génie romain s'était épuisé.

CHAPITRE VI.

Suite du même sujet.

2° Succession mobilière, Herwede, Gerade.

L'Alleu étant de quelque façon la solde héréditaire des défenseurs de la famille, des *schwertmagen*, il était juste que les femmes n'eussent point de part à la succession allodiale, quand le

[1] Reyscher, *das Erbrecht der adelichen Tœchter*, dans le Zeitschrift für Deutsches Recht, t. VI, p. 258 et ss. Et avant lui, J. Reinhard, *von dem Erbfolgrecht derer Tœchter, vor denen Stammsvettern in teutschen Reichs-Allodien*; Giessen, 1746.

[2] Il en fut ainsi en Pologne, en Suède, en Danemark. Reinhard, l. c., p. 27.

droit d'un frère primait le leur; mais les mêmes motifs n'existaient pas pour les exclure de la succession mobilière; aussi les admet-on souvent à cette succession de préférence aux mâles, au moins pour certains objets, comme si la loi civile voulait les dédommager des rigueurs de la loi politique qui leur refuse la succession de la terre.

Lex Burg., l. 1, § 3. « Ornamenta quoque et vestimenta matronalia ad filias, absque ullo fratris fratrumque consortio, pertinebunt.

» Quod si necdum nupta puella sorores habens, de hâc luce transierit..... portio ejus, post ejus mortem, ad sorores suas, remota, ut dictum est, fratrum communione, pertineat. »

Ainsi, comme l'indique la loi des Bourguignons, et le passage de la loi des Thuringes, que j'ai cité dans le chapitre précédent, il y a d'ordinaire une double succession mobilière : on donne au fils la lance, la cuirasse et le cheval de guerre, richesse qui appartenait au père, et ne convient qu'à des hommes; on donne à la fille les ornements de la mère qui ne peuvent parer qu'une femme.

Ce mobilier des femmes s'appelle *Rhedo* dans la loi des Thuringes[1], et je retrouve au moyen âge des institutions analogues sous le nom semblable de *Corredi*, dans quelques statuts municipaux d'Italie, et de *Rhade*, *Gerade*, dans les coutumiers d'Allemagne.

Miroir de Saxe, c. 27. « Toute femme laisse une double succession : les meubles (*Rade*) à sa plus proche parente par les

[1] Tit. VII, § 3.

» femmes ; et les propres (*Erve*) à l'héritier le plus proche, soit
» homme, soit femme.

§ 2. » Tout homme du rang de chevalier laisse aussi une double
» succession : les propres au parent le plus proche, quel que soit
» son sexe, et le harnois de guerre (*herwede*) au mâle le plus
» proche[1]. »

Il est remarquable que les lois de Burchard, évêque de Worms, lois qui, dans le X[e] siècle, conservèrent aux vassaux de l'évêque les coutumes saliques, nous aient aussi gardé cette division du patrimoine, en l'appliquant aux tenures ministérielles.

§ 10. « *Jus erit : si ex familia vir aliquis et*
» *uxor ejus obierint, et filium cum filia reliquerint,*
» *filius hereditatem servilis terræ accipiat,*
» *filia autem vestimenta matris et operatam pecu-*
» *niam accipiat. Reliqua quæ remanserint in om-*
» *nibus æqualiter inter se partiantur*[2]. »

Cette succession du mobilier, qui fut d'abord généralement reçue, non-seulement en Allemagne, mais en Suisse[3], en Savoie, en Italie même, devint

[1] Sachsenspiegel, I. 27. « Jewelk Wif erft tvier Wegene : ir Rade an ir nesten Nichtelen, de ir von Wifhalven is besvas, unde dat Erve an den nesten, it si Wif oder Man.

2. » Jewelk Man, von ridderes Art, erft ok tvier Wegene ; dat Erve an den nesten evenburdigen Mach, sve de is, und it Herwede an den nesten Svertmach. »

Les Coutumes entrent dans de forts longs détails sur les objets dont se compose la *Gerade*. Grimm, D. R. A., p. 568 et ss. Kraut Privatrecht, p. 288. Sydow, Erbrecht des Sachsenspiegels, p. 19.

[2] Lois de Burchard, évêque de Worms (Laboulaye, *Hist. du Droit de propriété*, à l'appendice). *Voy.* encore le Dienstrecht d'Hildesheim. Kraut Privatrecht, p. 70.

[3] En Suisse, cette succession mobiliaire s'est longtemps maintenu. Bluntschli, R. G., II, 298.

plus tard particulière aux nobles, dont les priviléges féodaux sont presque toujours d'anciennes coutumes germaniques fidèlement conservées.

En Allemagne, les statuts municipaux qui ont une tendance constante à mobiliser et confondre les patrimoines des deux époux, ont aboli ces successions privilégiées [1]. Nos coutumes roturières ont également rejeté toute distinction dans les meubles, et cela dès l'introduction de la communauté, régime incompatible avec de telles différences.

CHAPITRE VII.

Succession des filles, dans les pays restés fidèles à la loi romaine.

Après la succession de la terre et celle des meubles, devrait venir la succession du bénéfice; mais je renvoie au livre suivant, dans lequel je traiterai en même temps des autres concessions pour lesquelles, comme pour le bénéfice, la succession fut uniquement réglée par le contrat. Je viens maintenant à certaines lois barbares, dont je n'ai point encore parlé, et qui forment une classe à part. Ces lois, qu'on laisse ordinairement dans l'ombre, ont cependant joué un rôle des plus importants dans l'histoire des sociétés modernes, puisque ce sont elles

[1] Haltaus, en son Glossaire, v° *Gerade*, a réuni une foule de diplômes curieux sur l'abolition de la Gerade.

qui, au travers de la barbarie, ont sauvé le flambeau de la civilisation romaine. Ces lois, ce sont les coutumes romaines qui se maintinrent dans l'Italie et dans nos provinces d'outre-Loire, c'est encore le Code wisigothique, recueil tout imprégné de l'esprit romain, et qui, conservé jusqu'à nos jours, grâce à la sagesse de ses dispositions, méritait d'être apprécié avec plus de justice par notre grand Montesquieu.

La loi wisigothe, toute romaine par le sens (et ce que je dis du *Forum judicum* s'applique également à la législation des Ostrogoths[1]) ne connaît ni distinction de patrimoine, ni préférence de sexe.

L. L. Wisig., IV, 2, l. 1. « *Si pater vel mater* » *intestati decesserint, tunc sorores cum fratri-* » *bus in omni parentum facultate, absque alio* » *objectu, æquali divisione succedant.* »

La loi IX, au même titre, donne de cette égalité la judicieuse raison : « *Nam justum omnino est, ut* » *quos propinquitas naturæ consociat, hereditariæ* » *successionis ordo non dividat.* »

Dans le Midi, où subsista la loi romaine, on trouve jusqu'au XII[e] siècle l'admission des filles à la succession paternelle[2] : mais peu à peu l'esprit féodal pénètre dans ces coutumes, et en France comme en Espagne, l'indivisibilité du service militaire

[1] Edict Theod., § 20. Si quis intestatus mortuus fuerit, is ad ejus successionem veniat, qui inter agnatos atque cognatos gradu vel titulo proximus invenitur, salvo jure filiorum et nepotum.

[2] Petrus, I, c. 6. Filia et descendentes per filiam cum filio et descendentibus per filium succedunt. Brachylogus, II, 34, § 1.

amène à la fois (au moins pour les grandes tenures), le droit d'aînesse et l'exclusion des filles. Là se retrouvent en présence l'esprit germanique ou féodal (comme on voudra le nommer), qui sacrifie la femme à une nécessité politique, et l'esprit de la législation romaine, qui ne connaît que les droits du sang. C'est cette lutte des deux éléments que nous suivrons dans toutes les variations du droit de succession, jusqu'à ce que nous arrivions à la victoire des idées romaines, à ce triomphe de l'égalité, qui fait la gloire des codes modernes.

CHAPITRE VIII.

Du testament.

Les Germains ne connaissaient point la succession testamentaire : *Heredes*, dit Tacite, *successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum; si liberi non sunt, proximi gradus in successione, fratres, patrui, avunculi.*

La prohibition de tester subsista longtemps dans les pays purement germaniques, en Allemagne et en Suisse, par exemple [1]. Le testament, en disposant arbitrairement de l'alleu, ce patrimoine commun des braves, eût altéré l'organisation de la famille, et rompu le lien de commune défense qui la mainte-

[1] Bluntschli, RG. 1, 301. Eichhorn *Privat recht*, § 333, 350.

nait. Mais dans les contrées où la race romaine était plus nombreuse que celle des conquérants, en Italie, en Gaule, en Espagne, les barbares empruntèrent aux vaincus le testament et ses formes diverses[1].

Le clergé, rédacteur et gardien ordinaire des testaments, poussa vivement à naturaliser chez les Germains cette facilité de disposition dont il était le premier à profiter; mais si le principal résultat des testaments fut d'enrichir les églises et les monastères, un second, non moins important peut-être, fut d'altérer sensiblement le droit de succession. Les formules firent pénétrer l'élément romain dans la législation barbare, et introduisirent dans ces coutumes deux modifications qui, d'ordinaire, marchent ensemble, parce qu'elles tiennent toutes deux à ce principe commun d'équité naturelle qui ne peut être étouffé que par la raison politique; je veux dire le rappel des neveux en concurrence avec les oncles, et le rappel des sœurs en concurrence avec les frères.

Ce fut en invoquant la loi romaine, et par la forme d'un testament, que le père parvint à donner à la fille un droit égal à celui des fils, et cette déclaration de dernière volonté prévalut sur la loi, parce qu'à cette époque, où l'idée d'un gouvernement était comme inconnue, la loi n'avait pas fait de l'ordre de succession une question d'intérêt public.

Marculfe nous a conservé la pieuse formule par

[1] Lex Burg., t. XLIII, § 1. Beseler. Erbvertraege, t. I, p. 244.

laquelle un père annulait les duretés de la loi Salique[1].

« A ma douce fille N., moi N.

» Il règne parmi nous une coutume ancienne,
» mais impie, qui refuse aux sœurs de partager avec
» leurs frères l'héritage paternel; mais moi, son-
» geant à cette iniquité, *vous aimant tous égale-*
» *ment, puisque Dieu vous a tous également don-*
» *nés à moi comme mes enfants*, je veux qu'après
» ma mort vous jouissiez tous également de ma for-
» tune. Ainsi, et par cet écrit, ma chère fille, je
» t'institue ma légitime héritière et te donne dans
» toute ma succession part égale avec tes frères, mes
» fils. Je veux donc qu'après ma mort tu partages
» également avec eux, et l'alleu paternel, et les ac-
» quêts, et les esclaves et les meubles, et qu'en
» aucune façon tu n'aies une portion moindre que
» celle de tes frères. Et maudit soit celui, etc.[2] »

La faveur des femmes va toujours de pair avec la faveur des filles, car toutes deux attestent la victoire de l'affection naturelle sur la nécessité politique. La forme du testament servit au mari pour assurer à la veuve une part de la fortune; mais cette donation prit un caractère particulier, comme nous le dirons plus loin en parlant du don mutuel[3].

[1] Marculfe, II, 12. Formul. Bignon., IX. Append. ad Marc., form. 49.

[2] On sait que tous les actes de cette époque se terminent par un anathème, et une amende au profit du fisc.

[3] Livre IV, section II, ch. 3.

CHAPITRE IX.

De la légitime.

Le testament germanique, encore bien qu'emprunté des usages romains, reposa sur une tout autre base que l'institution romaine, et fut, sous le même nom, quelque chose de fort différent.

A Rome, le testament domine la succession *ab intestat*; c'est la volonté du testateur qui fait la loi héréditaire, c'est elle qui institue l'héritier, et détermine l'ordre successoral; chez les Germains, le testateur est loin d'avoir une pareille puissance, sa volonté ne peut intervertir l'ordre légal, et c'est un axiome coutumier que *Dieu seul peut faire un héritier*. Le testament moderne, tout germanique dans son esprit, n'est qu'un appendice à la succession déterminée par la loi, une espèce de codicille qui, sans porter atteinte aux priviléges du sang, retire seulement à l'héritier la disposition de certains objets de la succession; l'enfant reste seul héritier, alors même que les libéralités du testateur ont épuisé, à son détriment, presque tout le patrimoine.

Cette différence des deux institutions se retrouve dans le caractère de la légitime, admise par les deux législations. Chez les Romains, la légitime est une faveur de la loi; c'est un adoucissement donné à l'enfant légalement déshérité, pour la perte d'une succes-

sion qui ne lui appartenait pas, mais sur laquelle il pouvait compter jusqu'à un certain point; chez les Germains, la légitime est un droit sacré, un privilége de la naissance auquel le testateur ne peut porter atteinte. Ce qui est une exception dans la première législation, est une règle dans la seconde; et réciproquement la faculté de tester, qui est un droit dans la loi romaine, n'est plus qu'une faveur dans les usages germaniques.

Les coutumes romaines de l'Italie et du Midi nous présentent la légitime telle à peu près qu'elle existe dans la législation justinienne. Dans ces compilations, elle porte, en général, le nom de Falcidie.

« *Nullus homo nec testamentum, nec aliam* » *chartam de sua facultate facere potest, ubi Fal-* » *cidiam, hoc est quartam partem non reservave-* » *rit.* » Ainsi s'exprime une coutume romaine (*Lex Romana*) publiée par Canciani[1]. Le *Petrus* donné par M. de Savigny a la même disposition[2].

Dans les lois gothiques, je retrouve le testament romain; la prérogative du testateur est absolue. Mais cet arbitraire, incompatible avec les idées germaniques, a été promptement réprimé. Le roi Chindaswind limita le privilége du père, et, par un juste

[1] Tome V, Lex Rom., liv. XXIII, c. 2.

[2] Liv. I, c. 12. Falcidiam debent pater vel mater, vel avus, vel avia, vel alii ascendentes omnes liberis suis, non ex voluntate, sed ex necessitate, id est si unum, vel duos, vel usque quatuor habeant liberos, debent tertiam partem omnium bonorum; sin vero ultra quatuor sint, medietatem debent eis parentes ex necessitate. Sed filii non debent parentibus nisi quartam. Quicumque vero solam Falcidiam habet, sine omni onere et sine dilatione et gravamine habeat.

milieu pris entre les exigences du nom de fils, et le droit de disposer, il ordonna que le testateur, maître absolu de sa fortune quand il n'avait pas d'enfants, ne pût disposer, s'il avait des enfants, que du tiers de son patrimoine au profit d'un fils, et du cinquième, au profit d'un étranger.

Sed ne...... naturalis pietas suspendatur a filiis vel nepotibus, quam circa eos exerceri competenter oportet, ideo abrogata legis illius sententia, qua pater vel mater, aut avus sive avia, in extraneam personam facultatem suam conferre, si voluissent, potestatem haberent, vel etiam de dote sua facere mulier quod elegisset, in arbitrio suo consisteret, *ista magis servetur a cunctis moderata censura, qua nec parentibus vel avis adimatur judicandi de rebus suis ex toto licentia, nec filios aut nepotes a successione avorum vel genitorum ex omnibus repellat indiscreta voluntas*[1].

Un législateur moderne n'ajouterait rien à la sagesse de ces paroles.

Bien plus favorables aux droits du sang, les lois barbares ne permettent pas même au père d'épuiser de son vivant, sans nécessité reconnue, un patrimoine qu'elles considèrent comme la propriété commune de la famille. Nulle aliénation n'est valable que du consentement des enfants, premiers intéressés à la conservation de l'héritage[2].

Dans les anciens diplômes, on rencontre à chaque instant des actes où les enfants figurent comme par-

[1] L. L. Wisig., IV, 5, l. I.

[2] Lex Saxon., tit. 17. Rotharis, liv. CLXXIII. Lex Ripuar., tit. 59. La loi bavaroise établit une véritable légitime, dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui, en permettant au père de disposer librement du bien, quand il aura réservé la part des enfants. L. Baj., c. I, t. 1, § 1. Meichelbeck., 12, 112, 113, 115.

ties nécessaires, lors de l'aliénation des propres, et je ne vois pas qu'à cet égard, les filles aient été moins privilégiées que les fils. Le consentement des filles est surtout fréquent dans les actes des X[e] et XI[e] siècles [1], ce qui suppose un singulier affaiblissement des anciennes rigueurs, et un adoucissement sensible dans la condition des femmes, adoucissement qui disparut durant la féodalité.

Voici, par exemple, un diplôme d'Othon III, de l'an 996, qui montre le droit des filles en pleine vigueur. Deux siècles plus tard, on trouverait difficilement, surtout en France, un acte aussi formel.

« Temporibus avi nostri piæ memoriæ domini Ottonis Imperatoris augusti, Wichmannus comes, pro animæ suæ remedio, » suorumque parentorum in quodam loco, Attenis dicto, monasterium et sanctimonalium congregationem in honorem domini » nostri J. C. et sancti Viti...... construxit, necnon magnam » certæ proprietatis suæ partem.... simul et beneficii, quod dilectus avus noster primum ei concessit in beneficium, postea pro » servitute sedula sibi condonavit in proprium, ad ipsum licenter » contradidit monasterium, suamque ipsius filiam nomine Lutgardam ceteris monialibus præconstituit abbatissam. Succedente » vero tempore, cum idem Wichmannus comes semet ad vesperas » mortis inclinasset, penitusque naturæ concessisset, altera suæ » procreationis filia, nomine Adela, quamdam proprietatis jam » traditæ partem exposcens, dicensque quod pater ejus, secundum

[1] Le droit de la famille était si puissant, surtout dans le Nord, qu'il n'est pas rare de faire renoncer, pour éviter toute contestation, les filles, les sœurs et la mère. Mieris, Charterboek, t. I, p. 416 (anno 1205). Omnibus... præsentibus et futuris, Ada, Dei gratia, marchionissa de Brandeburch, salutem. Noverit Universitas vestra, me voluntate et assensu Wilhelmi comitis, et Florentii fratrum meorum, et Adæ comitissæ, matris meæ, et Adæ nepotis meæ, vendidisse... duas hobas terræ in Pole, mihi jure hereditatis pertinentes, etc.

» Saxonicam legem, absque ejus consensu et licentia nullam po-
» tuisset facere traditionem, totam patris sui donationem perduxit
» in errorem[1]. »

Ce privilége du sang, si gênant pour la liberté des transactions, s'effaça peu à peu dans le XIIe siècle; on le retrouve encore dans les coutumiers d'Allemagne[2], mais dans la plupart des coutumes françaises, ce droit dégénéré s'est transformé en *retrait lignager*, c'est-à-dire en une simple préférence de l'héritier sur l'acquéreur, quand tous deux offrent de l'immeuble un prix égal. En même temps, et par l'influence des théories romaines, s'est modifié le droit de légitime; le droit actuel des enfants est devenu un simple espoir de succession. Mais, tout affaibli que fût ce titre donné par la naissance, il est resté cependant bien différent de la légitime romaine, et cette distinction tranchée paraît encore aujourd'hui dans notre jurisprudence, qui flotte indécise entre le principe romain conservé dans le Midi, et le principe germanique fidèlement gardé dans le Nord.

CHAPITRE X.

De la succession des filles en ligne collatérale.

Ce que j'ai dit au sujet de la loi des Thuringes, me dispensera d'insister sur la succession collatérale.

[1] Lacomblet, Urkundenbuch für die Geschichte des Nieder-Rheins, Dipl. 127. *Voy.* aussi le diplôme 253 (an 1096), dans lequel on voit une fille figurer dans l'aliénation faite par la mère.

[2] Sachsenspiegel, I, 52, § 1. Schwabenspiegel, § 308.

Les motifs qui faisaient refuser aux filles la succession directe de l'alleu, devaient agir en collatérale avec d'autant plus de force, que l'éloignement de parenté rendait moins sacrée la position de l'héritière. Quant à la succession mobilière, la loi des Thuringes et la loi des Bourguignons, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure [1], plaçaient la sœur dans la même position que la fille et que la mère.

Finissons par une réflexion qui nous donnera la clef de l'ordre successoral adopté par les coutumes germaniques et les lois féodales. On a vu que, dans l'ancienne législation romaine, c'est la puissance du chef qui est la base du droit de succession; dans la législation justinienne, c'est le sang et la proximité qui font le droit; dans les coutumes germaines, c'est le *parentage*. Le manoir ne doit jamais sortir de la famille et de la ligne à laquelle il appartient; la succession est *lignagère* ou (suivant une autre expression) *souchère*.

Dans cet ordre de succession, ceux qui, en collatérale, sont appelés les premiers, ne sont pas toujours, comme dans le droit justinien, ceux que la proximité du sang unit le plus étroitement au défunt; ce sont ceux qui se trouvent les plus rapprochés de la souche commune; et cette ligne ainsi rétablie, on appelle le parent le plus proche en degré de l'auteur commun, sans admettre la représentation. Ainsi, pour choisir un exemple, si l'héritage est un propre du côté paternel, et qu'il n'y ait point d'héri-

[1] *Sup.*, ch. 6.

tiers directs du défunt, on appelle à la succession les descendants de l'aïeul; à défaut de ceux-ci, les descendants du bisaïeul, du trisaïeul, etc., en remontant toujours jusqu'au premier auteur. Dans ce système, le neveu ne vient qu'au second rang, tandis que son oncle, le frère du défunt, vient au premier, car le neveu est à deux degrés de l'auteur commun, et l'oncle à un seul; mais le neveu hérite avant l'oncle du défunt, car il est dans le parentage, dans la ligne du père, tandis que l'oncle est dans la ligne de l'aïeul.

Cette explication nous donne une raison nouvelle de la préférence des mâles, qui se rencontre en collatérale aussi bien qu'en ligne directe : c'est que cette succession lignagère étant toujours ramenée à une succession directe, il était naturel que le frère prît le rôle de fils, et la sœur le rôle de fille. Ainsi, ne faut-il pas s'étonner de voir quelquefois dans les diplômes les fils du frère préférés à la sœur [1], par une évidente analogie avec ces coutumes qui préfèrent à la fille les enfants du fils [2]; c'est une suite du même esprit. C'est la succession directe qui, seule, existe sous ce nom de collatérale qui nous fait illusion. Rien donc de plus naturel, une fois la représentation admise, que de préférer les neveux à la tante, comme on préfère les petits-fils à la fille, mais aussi, par une

[1] Neugart, Codex Alem. diplom., nos 250, 303, 427, 455, 539, et surtout 397. Bluntschli, *Hist. de Zurich*, I, 117.

[2] Lex Sax., tit. 7, § ultim. Qui filium et filiam habuerit, et filius uxore ducta filium genuerit, et mortuus fuerit, hereditas patris ad filium filii, id est ad nepotem, non ad filiam pertineat.

naturelle conséquence, dès que l'exclusion des femmes disparaît, la sœur est rappelée avec la fille; toutes deux profitent de la même faveur, comme elles ont souffert de la même rigueur des lois [1].

CHAPITRE XI.

Singularité de la loi Salique.

La loi Salique présente une énigme qu'on n'a point encore expliquée; elle exclut les femmes de la succession allodiale, tant qu'il y a des mâles, et cette disposition générale s'applique aussi bien en collatérale qu'en ligne directe; puis, par un retour curieux, pour ce qui concerne le surplus de la succession, elle établit un ordre héréditaire où les femmes sont singulièrement favorisées.

Ainsi, elle appelle à la succession, lorsque le défunt ne laisse pas d'enfants :

1° Le père et la mère en concurrence;

2° Les frères et sœurs, puis la sœur de la mère de préférence à la sœur du père; nulle mention des frères du père ou de la mère.

Tit. LXII, § 3. « Si vero isti (les frères et les sœurs) non fuerint, » tunc soror matris in hereditate succedat.

§ 4. » Si vero soror matris non fuerit, tunc soror patris in here- » ditate succedat.

§ 5. » Et postea sic de illis generationibus quicumque proxi- » mi fuerint, ipsi in hereditatem succedant. »

[1] Edict. Chil., § 3. *sup.*, ch. 5.

Cette préférence de la sœur de la mère a fait place à la préférence de la sœur du père dans la *lex Salica emendata*, c'est-à-dire dans la loi Salique dont le texte a été adopté par Charlemagne.

Les savants du dernier siècle ont profité de la *lex emendata* pour supposer une erreur dans les textes qui appellent au premier rang la sœur de la mère; mais cette correction, tout arbitraire, a contre elle les plus illustres manuscrits, tels que ceux de Wolfenbuttel, de Paris, de Munich, de Fulda. Une saine critique ne peut point admettre une correction qui a contre elle d'aussi imposantes autorités.

J'ajoute que la loi Salique n'est point la seule coutume barbare qui ait conservé des traces de cette préférence des femmes dans le cas dont nous nous occupons; la loi Ripuaire, par exemple.

Tit. LVI, § 3. « *Si autem nec eos habuerit* (s'il » n'y a ni frères ni sœurs) *tunc soror matris patris-* » *que succedat.* »

Et la loi des Bourguignons, tit. XIV, c. 2. « *Si* » *forte defunctus nec filium nec filiam reliquerit,* » *ad sorores, vel propinquos parentes, hereditas* » *redeat.* »

N'est-il pas singulier de voir toujours paraître au premier rang la sœur de la mère?

D'ailleurs, en admettant la correction proposée, la difficulté est reculée, mais non résolue. Pourquoi la sœur du père figure-t-elle dans la succession, sans qu'on appelle au moins en même temps le frère du père?

La seule solution qui ait quelque apparence de

raison, c'est que la loi réservant aux mâles la succession de la terre, ou du moins des propres, c'était justice de partager entre les femmes la succession mobilière, à l'exclusion des hommes. Mais pourquoi la sœur de la mère était-elle préférée à la sœur du père? c'est ce que je ne puis m'expliquer [1].

En parlant du second mariage, nous retrouverons encore une succession particulière pour laquelle la parenté, par les femmes, est le titre de préférence; je veux parler de la succession au *Reipus* [2]. En ce qui concerne les successions, et surtout le droit héréditaire des femmes, la loi Salique est pleine d'inextricables difficultés, et il est singulier que tant de savants aient remué cette question pour y porter si peu de lumières.

[1] N'est-ce pas que la sœur de la mère est la plus proche parente par les femmes, et que l'on considère toute la succession comme une *Gerade?* V. *Sup.*, p. 96, note 1.

[2] *Inf.*, sect. II, ch. 9.

SECTION DEUXIÈME.

La Femme dans la famille de son Époux.

« Sed enim tibi domum reverso, et pulveri assues-
» centi multa hic dediscenda sunt. Nam jure pa-
» trio nulla nobis dos ut illo (romano) jure con-
» stituta, nulla dotis jura, nullus fundus dotalis,
» nulla lex Julia, nulla usucapiendi inhabilitas[1]. »

Ces paroles du savant d'Argentré seront la devise de ce livre; dans le monde nouveau où nous entrons, nous ne pouvons trop nous garder des préoccupations romaines; sinon, nous ferions comme les praticiens des derniers siècles, qui, faute de distinguer deux législations si diverses d'esprit, ont tout confondu et tout brouillé.

CHAPITRE PREMIER.

Sponsalitium, Pretium nuptiale, Wittemon, Metha.

« Ce n'est point la femme qui offre une dot à son
» mari, c'est, au contraire, l'époux qui offre une dot
» à sa femme. Les ascendants et les proches assistent

[1] D'Argentré, sur l'art. 319 de l'ancienne coutume de Bretagne.

» à l'entrevue et agréent les présents. Ces présents
» ne sont ni de ces frivolités qui plaisent aux femmes,
» ni de ces ornements qui parent une nouvelle ma-
» riée. Ce sont des bœufs, un cheval tout bridé, un
» écu avec la framée et le glaive; c'est avec ces dons
» qu'on achète une épouse [1]. »

Cet usage, remarqué par Tacite, que devait singulièrement frapper une telle contradiction des idées romaines, cet usage, disons-nous, se retrouve chez tous les peuples du Nord. La femme s'achète, ou pour mieux dire, on achète aux parents le *Mundium* qui, dans leurs mains, est une valeur [2]. Quelquefois la loi fixe le taux légal du *Mundium*. La loi des Saxons, par exemple, l'établit à trois cents solidi, et celle des *Alemanni*, à quarante; le plus ordinairement on laisse les parents débattre à leur gré cette question qui les intéresse [3].

Le prix d'achat porte mille noms divers dans les lois barbares : *Sponsalitium*, dans un passage de la loi lombarde [4]; *Ceap*, *Scaet*, *Gyft*, dans les coutumes anglo-saxonnes [5]; *Mundr*, dans les anciennes lois islandaises [6]; *Dos*, *Arrhæ* dans la loi wisigothe [7]; *Pretium nuptiale*, dans la loi des Bourguignons, qui nomme aussi cette libéralité *Wittemon*,

[1] Tacite, Germ., c. 18.
[2] Lex Alam., tit. 54. L. Burg., tit. 66. Eichhorn, R. G., § 54.
[3] Lex Saxon., tit. 6, § 1. Lex Burg., tit. 15, § 3. Sur l'analogie du *Sponsalitium* et de la *Coemptio*. Laboulaye, *Hist. du Droit de propriété*, liv. IV, ch. 5.
[4] Rotharis, l. 126.
[5] Ethelbert, l. 76. Ina., l. 31. Philips. *Angelsæch. Recht.*, § 36.
[6] Grimm, D. R. A., p. 125.
[7] L. Wisig., III, 1, 4; III, 2, 8.

et ce dernier nom désigne encore aujourd'hui le douaire (*Witthum*) chez les Allemands.

Les lois franques ne parlent point du *Pretium nuptiale*, mais les diplômes rédigés dans le pays où ces lois furent en vigueur, le supposent perpétuellement. Toutes les formules où il est question de mariage suivant la coutume Salique, nous représentent cette union contractée *per solidum et denarium* [1]. C'est par cette forme du sou et du denier que les envoyés de Clovis fiancèrent Clotilde, la nièce du roi des Bourguignons, et Frédégaire fait observer que ces fiançailles furent faites suivant la coutume des Francs [2].

Du reste, s'il pouvait rester quelques doutes à ce sujet, ce que je dirai plus loin du second mariage contracté suivant la loi Salique, suffirait pour les lever entièrement.

J'ai dit plus haut comment la loi des Alemanni forçait le ravisseur de payer au père le *Mundium* de la fille enlevée. La loi des Lombards [3], celle des

[1] Form. Big., 5. Dum et ego te per solidum et denarium per legem Salicam visus fui sponsare.

La 75e form. Lindenbrog. s'exprime en mêmes termes. Un passage du *Pénitencier romain*, reproduit par Burchard (*inf.*, p. 119), nous a conservé le sens de cet achat du *Mundium* par sou et denier.

[2] Fredeg. Epit., c. 18. Legati offerentes solidum et denarium, ut *mos erat Francorum*, eam partibus Chlodovæi sponsant.

[3] Lomb., II, c. 2. Si quis puellam aut viduam alteri sponsatam, illâ tamen consentiente tulerit uxorem, componat parentibus mulieris, id est patri vel fratri ejus, vel ad quem mundium pertinuerit pro anagrip (*Angriffe*) sol. XX, et propter faidam alios sol. XX, et mundium ejus qualiter steterit faciat. Sponso autem cui sponsata fuerit, omnia quæ in *Metha* sunt dicta quando eam sponsavit, in duplum ei componatur.

Saxons [1], et celle des Bourguignons [2] ont une disposition semblable.

Mais dans cette dernière loi, quand la fille n'a ni père ni frère, le *Wittemon* appartient pour un tiers à la mère, et pour un tiers aux parents, le surplus demeurant probablement à la femme [3]. C'est ainsi, du moins, que raisonne la loi des Saxons qui, en certains cas, partage le *Pretium nuptiale* entre les parents et la fille [4].

Ce fut par son attribution à la fiancée, que le *Pretium nuptiale* disparut de la législation. Dès qu'il profita tout entier à l'épouse, il dut nécessairement se confondre et se perdre dans les autres libéralités du mari, telles que le *Douaire*, la *Metha* et le *Morgengabe*.

La *Metha* [5] des Lombards, par exemple, est évidemment le prix d'achat devenu propre à la femme; Rotharis la désigne en termes exprès comme le *pretium quod pro mundio mulieris datum est* [6], et une loi caractéristique ordonne au second mari d'indemniser les héritiers du premier époux qui, par le

[1] L. Sax., VI, § 3.

[2] Lex Burg., tit. 56, add., t. XIV.

[3] Lex Burg., 66, § 1; 68, § 2; 69, § 1.

[4] Lex Sax., VI, § 1. Uxorem ducturus det 300 solidos parentibus ejus. — § 2. Si autem sine voluntate parentum puella tamen consentiente, ducta fuerit, bis 300 solidos parentibus ejus componat. — § 3. Si vero nec parentes, nec puella consenserunt, id est si vi rapta est, parentibus ejus 300 solidos, puellæ 240 componat, eamque parentibus restituat.

[5] Ce mot vient de *Miethe*, qui signifie encore aujourd'hui le prix de location, et qui signifiait autrefois le prix d'achat. Eccard, ad leg. Salic. (Canciani, t. II, p. 60 et 61).

[6] Rotharis, l. 183, 188, 190, 216, 217. Liutprand, l. 61.

mariage de la veuve, perdent le *Mundium*, dont la *Metha* était le prix [1]. Cependant Jacob Grimm et Gans n'ont pas voulu reconnaître le *Pretium nuptiale* dans la *Metha* [2]. Pour moi, j'oserai résister à l'opinion de ces deux savants, appuyé que je suis sur les deux plus excellents germanistes de notre siècle, MM. Eichhorn et Gaupp [3].

Comme le *Pretium nuptiale*, c'est au jour des fiançailles que se constitue la *Metha* [4]; cette libéralité est perdue pour le donateur et gagnée par la fiancée, si le futur époux laisse passer deux ans sans réaliser le mariage [4], idée qui, du reste, semble empruntée des lois romaines [5].

Ce qui me paraît encore un souvenir du *Pretium nuptiale*, c'est qu'il n'y a point de *Metha* pour la femme qui s'est mariée sans le consentement de ses parents, à moins que, de son vivant, le mari n'ait racheté le *Mundium*. Il y avait donc entre la *Metha* et le *Mundium*, la même étroite liaison qu'entre cette puissance et le *Pretium nuptiale* [6].

Liutprand fixa le taux de la *Metha* suivant la condition du donateur, et défendit de donner plus que le maximum établi par la loi [7]. Il y a dans les

[1] Rotharis, l. 182. De suis propriis rebus medium pretii, quantum fuerit dictum, quando eam primus maritus sponsavit, pro ipsa meta, dare debebat ei, qui heres proximus mariti prioris esse inveniebatur.

[2] Grimm, D. R. A., p. 449. Gans, Erbrecht., III, 177.

[3] Eichhorn, D. R. G., § 54. Gaupp, lex Sax., p. 143.

[4] Rotharis, l. 178. Muratori Antiq., Diss., XX, t. II, p. 114.

[5] L. 5, de Sponsalib., C. V. 2.

[6] Liutp., VI, 71.

[7] Liutp., VI, 35. Si quis conjugi suæ metham dare voluerit ita

ordonnances de ce prince un effort constant pour restreindre les libéralités du mari. Je crois voir dans cette sévérité une première influence des idées romaines qui commençaient à pénétrer dans les coutumes barbares.

CHAPITRE II.

Du Douaire (Dos).

Le *Pretium nuptiale*, attribué à la femme, devint le *Douaire* [1], c'est-à-dire une donation faite avant le mariage par le mari, et assurant à la femme, en cas de survie, une part soit en propriété, soit en usufruit des biens propres de l'époux. Des immeubles furent de bonne heure l'objet de cette donation [2] qui, en ce point, a un caractère fort particulier; le droit de famille céda devant la faveur du mariage.

Le *Douaire* se nomme *Dos* dans les lois barbares. Les rédacteurs de ces premières coutumes n'ayant

nobis justum esse comparuit, ut ille qui est judex, dare debeat si voluerit solidos 400, amplius non, minus quo modo placuerit. Reliqui nobiles homines debeant dare solidos 400, amplius non. Et si quicumque alter homo minus dare voluerit, det quomodo convenit, et ipsa metha sub æstimatione fiat data et appretiata, ut nullo tempore ex inde intentiones et causationes procedant.

[1] C'est l'opinion de Gaupp et d'Eichhorn, § 54. D'autres auteurs admettent simultanément le *Pretium nuptiale* et le Douaire; Heineccius, p. ex.

[2] Lex Burg., tit. 62, § 2. Lex Sax., t. VIII. Meichelbeck, *Hist. Frising*, t. I, n° 38, 206. Beseler, Erbvertræge, t. 1, p. 204 et ss.

pas trouvé dans la langue juridique romaine, d'expression suffisante pour désigner la libéralité du mari, n'ont imaginé rien de mieux que d'employer le mot *Dos* qui exprime une idée toute contraire [1].

Cette confusion dans les mots en entraîna une beaucoup plus grande dans les choses. J'ai dit plus haut, que la dot était chez les Romains le cachet qui distinguait l'union légitime du concubinat. L'Église adopta sur ce point les idées romaines, et les décisions des conciles firent de la *Dos* une des conditions essentielles du mariage [2].

[1] Dos, dit Glanville, lib. VI, c. 1, duobus modis dicitur. Dos enim vulgariter dicitur id, quod aliquis liber homo dat sponsæ suæ ad ostium ecclesiæ tempore desponsationis suæ. Tenetur autem unusquisque, tam jure ecclesiastico quam jure seculari sponsam suam dotare tempore desponsationis.

In alia acceptione accipitur dos secundum leges romanas, secundum quas proprie appelletur dos id, quod cum muliere datur viro, quod vulgariter dicitur *Maritagium*. Bouteiller (Edit. Charondas, p. 155). Action de *Dos*, c'est le droit que les hommes ont en ce que leurs femmes apportent en mariage, et que, du temps passé, les souloit-on douer par droit de *Dos* avant les fiançailles, comme font par le présent les hommes, et pour ce est différence entre *Dos* et Douaire, car le Douaire est pour les femmes et le Dos pour les hommes.

[2] 2 Can. Consanguin., 4, caus. 3. 2, 4, § 1. Concil. Arelat. (anc., 524). Nullum sine dote fiat conjugium; juxta possibilitatem fiat dos, nec sine publicis nuptiis quisquam nubere vel uxorem ducere præsumat.

Papian., 37. Nuptiæ legitimæ contrahuntur, si consensu parentum aut ingenuorum interveniente nuptiali donatione legitime celebrantur. Quod si parentes defuerint, honestarum personarum consensus perficit nuptias *sic tamen ut nuptialis donatio solemniter celebratur*. Aliter filii ex inde nati legitimorum locum obtinere non potuerunt, et fiet in hereditate successionis locus his qui ab intestate per agnationem, vel si agnatio defuerit, per cognationem forte succedunt.

Quand les barbares eurent appliqué au Douaire ce nom de *Dos*, qui désignait une institution si différente, on appliqua à la *Dos* germanique les principes qui régissaient la *Dos* romaine; le douaire fut une condition du mariage légitime comme l'avait été la dot [1], et Benoît Levite introduisit dans sa compilation le canon du concile d'Arles, comme si rien n'était changé dans la législation.

« Devant l'établissement du roi Philippe, dit Beaumanoir, nule » femme n'avait douaire, fors tel comme il était convenancié au marier, et bien apert que la coutume était telle anciennement par » une parole que le prêtre fait dire à l'homme quand il épouse la » femme, car il lui dit : Du douaire qui est devisé entre mes amis » et les tiens je te doue. »

C'est la parole même des capitulaires et des formules [2]; mais Beaumanoir se trompe en attribuant à Philippe-Auguste l'établissement du douaire coutumier; ce douaire légal (*dos legitima*) existe déjà en certaines coutumes barbares, telles que la loi des Ri-

[1] Marculf, Append. n° 52. Sed qualis caussas vel tempora me oppresserunt ut chartolam libelli dotis ad eam, *sicut lex declarat*, minime excessit facere, unde ipsi filii mei, *secundum legem*, naturales appellantur. *Voy.* aussi Capit. VI, 133. Le chap. 179, Capit. lib. VII, n'est pas moins formel. Tunc per consilium et benedictionem sacerdotis et consultis aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet.

Burchardi Decret., lib. IX, c. 1, 2, et lib. XIX, cap. 5: Accepisti uxorem, et non fecisti nuptias publice, et non venisti ad ecclesiam tu et uxor tua, et non accepistis benedictionem a sacerdote, sicut in canonibus scriptum est, et non dotasti eam dote qualicumque potuisti, sive terra, sive mobilibus rebus, auro, argento, vel mancipiis, vel animalibus, vel juxta possibilitatem tuam, postremo vel denario, vel precio unius oboli, tantum ut dotata fieret; si non fecisti tres Quadragesimas per legitimas ferias pœnitere debes.

[2] Goldast, form. IX.

puaires qui fixe le taux de cette donation à cinquante solidi, et celle des *Alemanni* qui adopte à peu près le même chiffre [1]. La loi des Saxons, qui établit ce chiffre à trois cents solidi, ne donne sans doute qu'un maximum. C'est une ressemblance de plus avec la loi lombarde, avec laquelle la loi des Saxons a tant d'autres affinités [2].

Le douaire se constituait soit dans la forme germaine par une tradition solennelle emportant transfert de propriété, *per festucam et andelangum* [3], usage qui subsista plus longtemps qu'on ne suppose communément [4]; soit dans la forme romaine de la *Donatio ante nuptias* (donation qui, en effet, se rapprochait du douaire), par un acte, ordinairement inséré dans les registres publics [5], et suivi d'une mise en possession [6].

Ainsi, quelle que soit la forme employée, il y a transmission de propriété; la femme est saisie. C'est ce que prouvent toutes les formules de douaires parmi lesquelles je choisis la suivante, qui sera peut-être agréable au lecteur. C'est la soixante-quinzième

[1] Lex Ripuar., XXXVII, c. 1, 2. Lex Alam., tit. 55.

[2] Eichhorn, R. G., § 62, 6.

[3] Lindenbrog, form. 75. L. Ripuar., cap. XXXVII, c. 1, 2.

[4] Antiquitus, dit un glossateur italien (ad Const. Neap., lib. III, 2 et 15), barones constituebant dotarium cum quadam solemnitate... per quemdam cultellum cum ferro incurvato circa punctam, ad modum putatorii (d'une faucille) figuratum, quasi diceret quod homo est firmus et constans, tamen incurvatur et flectitur ad ipsum dotarium constituendum. Monach. Brunsv., ap. Leibnitz, Scrip., rer. germ., t. I, p. 315.

[5] Marculf, II, 15, App. 37. Formulæ Lindenbrog., 75 - 80. Mabillon, form. 1 (Canc., III, 468).

[6] Sirm, form. 15.

formule de Lindenbrog; la soixante-dix-neuvième n'est pas moins curieuse; toutes deux prouvent que le douaire était dans l'esprit de la coutume Salique [1].

CONSTITUTION DU DOUAIRE.

« A ma très-chère et très-douce épouse N, au nom de » Dieu, moi N.

» Il a été convenu d'un mutuel accord, entre nos parents, que » je vous fiancerais par le sol et denier, suivant la loi Salique. Je » l'ai fait. Il a été convenu également que je vous donnerais à » titre de douaire, quelque part de ma propriété, je l'ai fait. — » Ainsi donc par cet acte de douaire, et par *Andelang* [2] et ra- » meau, je vous donne et veux que vous soit donné à perpétuité » tout ce qui est en ma possession ou ma propriété dans tel can- » ton, dans tel lieu, sur tel fleuve, etc., etc... Tout cela je vous » le donne, je vous le livre, je le remets en votre pouvoir.... Dès » que le jour du mariage sera venu, et que Dieu nous aura unis, » je veux, ma très-douce épouse, qu'à l'instant même vous ayez, » vous teniez, vous possédiez tout ce que je vous donne, et que » vous ayez le droit le plus absolu d'en disposer comme il vous » conviendra; et maudit soit celui, etc. »

Tant que la dot ne consista qu'en choses mobilières, elle devint certainement la pleine propriété de la femme après la mort du mari [3]. Je dis après la

[1] *Voy.* aussi Burchardi Decret., lib. IX, c. 76, et Muratori Antiquit., diss. XX, t. II, p. 117.

[2] Eccard explique ce mot par *hand langen*, *serrer la main*, et dérive de là le mot *handel*, négocier. *Voy.* aussi Heineccius, *Ant. Germ.*, I, § 183. II, § 76. Haltaus, v° *Handelegen*.

[3] Lex Alam., tit. 56, c. 1. Si autem proximus mariti defuncti contradicere ipsam dotem illi mulieri voluerit, quod lex non est, illa sequatur eum sacramento cum nominatis quinque, aut cum spatha tracta pugna duorum; si potest acquirere aut per sacramentum, aut per pugnam, *illa pecunia* post mortem mulieris nunquam retro revertatur, sed ille sequens maritus, aut filii ejus usque in sempiternum possideant. Rotharis, c. 190. Dans la loi bavaroise, la femme qui se remarie garde la dot, *quam per legem habet*. Tit. 14, c. 7, § 2. Pareille disposition dans la loi des

mort du mari, car pendant le mariage, la femme n'a aucune propriété mobilière distincte ; les biens des deux époux font masse, et le mari seul a sur ces biens un pouvoir absolu. Si la femme meurt la première, il semble que cette constitution de douaire ne produise aucun effet. Aucun texte, il est vrai, ne le dit positivement, mais je ne connais aucun diplôme où il soit parlé du douaire mobilier d'une femme, morte avant son mari.

Quant au douaire immobilier, la formule de Lindenbrog que j'ai citée tout à l'heure, attribue à la femme la pleine propriété; elle est saisie tout aussi bien que par la vente que lui consentirait un étranger [1]. Néanmoins, il est à croire que son droit de propriété ne passait qu'à ses enfants [2], et que dans le cas où la femme mourait sans enfants, le douaire faisait retour aux héritiers du mari [3]. On retrouve, dans le *Miroir de Saxe*, le douaire germanique dans toute sa pureté; et dans le Miroir comme dans les

Aleman., tit. 55, 56. Mais dans les diplômes, miroir des mœurs plus fidèle que les lois, écrits d'ailleurs à une époque où les influences chrétiennes sont plus puissantes, on fait ordinairement de la viduité une condition expresse du douaire. Neugart., I, 280.

[1] Meichelbeck, dipl. 206. Zeus, tradit. Wizeb., dipl. 222, nous ont conservé des exemples d'une femme aliénant son douaire du vivant de son mari; mais en faveur du fils.

[2] Le douaire propre aux enfants est des plus anciens. Capit. Chlodov. (Pertz, II, 4), ch. 8. Si quis uxorem amiserit, et aliam habere voluerit, dotem quam primariæ uxori dedit, secundæ donare non licet; si tamen adhuc filii parvuli sunt, usque ad perfectam ætatem res uxoris anterioris, vel dotem, caute liceat judicare, sic vero ut de his nec vendere nec donare præsumat. Loisel, Inst., I, 3, § 23-26.

[3] La loi des Saxons, tit. 8, le dit positivement; *V.* aussi l. Burg., tit. 62.

autres coutumiers d'Allemagne et de France, le douaire de la femme n'est jamais qu'une jouissance viagère [1].

Il faut, du reste, se garder de confondre avec l'usufruit des lois romaines, le droit de la douairière désigné quelquefois dans les anciens actes par le nom d'*ususfructus*. Ce sont deux jouissances de natures fort diverses. L'usufruit romain est une servitude, un *jus in re aliena*; l'usufruit germain est ce que, plus tard, on a nommé un *dominium utile*. Tandis que le droit de l'usufruitier est contenu dans d'étroites limites, et que la loi romaine semble toujours inquiète de maintenir le privilége du propriétaire, la jouissance de la douairière est, sauf le droit d'aliéner, une jouissance de propriétaire [2]. Elle ne peut, il est vrai, ruiner un fonds qui ne lui appartient pas à tout jamais; mais, à cela près, c'est elle qui a la saisine (*Gewehre*), et, par conséquent, tous les droits que confère le domaine. Tant que dure le douaire, le droit des héritiers est, en quelque façon endormi, comme est le droit du substitué; il ne s'éveille que lorsque la douairière a cessé de vivre.

1. Sachsenspiegel, I, 23; Nein Wif ne mach ok to Egene behalden ire Liftucht, noch ir Erve na irem Dode, de wile man dat getügen mach, dat ir ire to irme Live gegeven si. Sprikt se, dat it ir Egen si, unde wirt se dar af gewiset mit rechte, se hevet beide Egen unde Liftucht dar an verlorn. Sydow. Erbrecht., p. 267 et ss.

2. Hein, Elem jur. Germ., II, 37-38. Albrecht, Gewere, p. 224, 225. Sachsenspiegel, II, 21, §. 2, III, 38 Schwabenspiegel, § 308.

CHAPITRE III.

Du Morgengabe.

Indépendamment des donations qui précèdent le mariage, c'est un usage général de donner à la femme, le lendemain des noces, un présent, ordinairement mobilier [1]. Ce présent se nomme *Don du matin* ou du *lendemain* (*Morgengabe*) dans les lois barbares, *Hinderdagsgiœf* dans les lois du Nord. C'était comme le *Theoretrum* des Grecs, le prix de la virginité. Les veuves n'avaient point de *Morgengabe* [2].

Il semble, du reste, qu'il ait existé chez les Romains un usage semblable; seulement les lois ne l'avaient pas consacré.

Juvénal, VI, 199 :

> Si tibi legitimis pactam junctamque tabellis
> Non es amaturus, ducendi nulla videtur
> Causa, nec est quare cœnam et mustacea perdas,
> Labente officio crudis donanda, *nec illud*
> *Quod prima pro nocte datur*, cum lance beata
> Dacicus et scripto radiat Germanicus auro.

Toutes les lois qui parlent du *Morgengabe* en-

[1] Philipps Privatrecht, II, 7. Lex Alem., 56, § 2. Sachsensp., 1, 20. § 1.

[2] La coutume d'Altorf autorise une telle donation faite à la veuve ; elle donne à ce présent le nom plaisant d'*Abendgabe* (don du soir). Bluntschli, I, p. 109.

tourent cette donation d'une faveur singulière [1]. La loi des Alemanni, par exemple, qui ordonne le duel quand on conteste le douaire, et remet ainsi au hasard d'une bataille la donation du mari, dès qu'il s'agit du morgengabe, croit la femme sur parole et lui permet d'affirmer *per pectus suum* le montant de cette libéralité [2].

Cet usage naïf se trouve encore au XV[e] siècle, dans la Suisse, pays des anciens Alemanni, et qui, plus longtemps qu'aucune autre contrée, a conservé les coutumes germaniques pures de toute alliance avec le droit romain.

Chez les Anglo-Saxons et chez les Lombards, le *Morgengabe* faisait fonction de douaire; mais tandis que la loi anglo-saxonne ne fixe point de maximum à cette libéralité et incline à donner à la femme la moitié des biens du mari [3], la loi lombarde déclare que cette donation ne pourra jamais excéder le quart des biens du mari. Ainsi l'établit Liutprand, qui semble avoir pris à tâche d'introduire dans les lois lombardes les restrictions jalouses de la législation romaine [4].

[1] Lex Ripuar., 37, § 2. Lex Burg., 42, § 2.

[2] Lex Alam., 56, § 2. Ut si autem ipsa femina dixerit : Maritus meus mihi dedit morgangeba, computet quantum valet aut in auro, aut in argento, aut in mancipiis, aut in equo duodecim solidos valente. Tunc liceat illi mulieri jurare per pectus suum et dicat : Quod maritus meus mihi dedit in potestate, et ego possidere debeo. *Droit de Propriété*, liv. IX, ch. 7.

[3] Philipps, Angl. Rechts., 5, p. 144. Grimm, D. R. A., p. 442.

[4] Liutprand, II, 1. Si quis Longobardus morgingab conjugi suæ dare voluerit, quando sibi eam in conjugio sociaverit, ita decernimus ut alia die ante parentes et amicos suos ostendat per

A l'origine, cette donation du quart était toute volontaire, et rien n'empêchait de donner moins; mais de bonne heure l'usage d'assurer à la femme le quart des biens du mari devint général; *Morgincap*, dit un vieux glossaire connu sous le nom de Papias, *id est quarta pars in lege Longobardorum*. Ce qui était faculté devint obligation; la *Quarta* fut un douaire coutumier[1]. Dans l'acte des fiançailles, les femmes demandaient caution pour sûreté de leur morgengabe[2]; souvent même elles se faisaient constituer ce douaire, par acte précédant le mariage, d'où le nom d'*Antefactum*, *Antefatto* que prit cette libéralité dans quelques statuts municipaux d'Italie.

Voici un diplôme de *Morgengabe* donné par Muratori dans ses *Antiquités d'Italie*. Rien ne peint mieux les mœurs d'une époque que les tableaux où paraissent ces anciennes figures[3].

scriptum a testibus roboratum et dicat : Quia ecce quod conjugi meæ morgingab dedi, ut in futuro pro hac causa perjurium non incurrat. Tamen ipsum morgingab volumus ut non sit amplius nisi quarta pars de ejus substantia, qui ipsum morgengab dedit. Si quidem minus dare voluerit de rebus, quam quarta portio sit, habeat in omnibus licentiam dandi quantum voluerit; nam super ipsam quartam portionem dare nullatenus possit.

[1] Cela est si vrai que, lorsque les Normands introduisirent les coutumes françaises dans le royaume de Naples, le douaire vint immédiatement prendre la place de la *quarta*. Jure Francorum, dit un glossateur (lib. III, tit. 15 des Const. neap.), dotarium succedit loco quartæ, nam jure regni, quarta debetur uxori, soluto matrimonio, ex morte tantum viri.

[2] Formulæ in usum regni italici ap. Canciani. Roth., l. 182.

[3] Muratori, Diss. XX. Ducange, v° Morgengabe. Galland, du Franc alleu, p. 331 et ss. Dachery, Spicileg, t. XII, n° 36, p. 155. Baluze, App. ad capit., n° 147, p. 1550.

« Au nom de notre Seigneur J.-C., l'an de sa nativité 1185, le
» 15 des kalendes de décembre, indiction III.

» A très-chère, très-aimable et très-honnête personne Nomen-
» cale, fille de Guasc de Montclar, ma fiancée.

» Au nom de Dieu, moi Guido, fils de défunt Velani de Mont-
» clar, soumis par ma naissance à la loi lombarde, ton fiancé et
» ton donateur, j'ai dit en présence de témoins : C'est chose ma-
» nifeste qu'au jour des fiançailles, je t'ai promis de te donner en
» morgengabe, suivant ma loi, ta légitime (*justitiam tuam* [1]),
» c'est-à-dire le quart de tous les biens meubles et immeubles
» que je possède actuellement ou que je posséderai un jour ; et
» maintenant je te donne, pour posséder dès le jour de notre ma-
» riage, tout ce quart de biens meubles et immeubles ; je te le
» cède, je te le transfère, je confirme ta propriété par le présent
» acte de morgengabe, et je veux qu'à compter dudit jour, toi,
» tes héritiers, ou ceux à qui tu donneras cette portion, vous
» fassiez de ma libéralité tout ce qu'il vous plaira.

» Fait heureusement à Montclar, et moi, Henri, notaire du
» sacré Palais, j'ai été présent à l'acte et je l'ai soussigné. »

En Italie, le morgengabe eut à lutter contre les influences romaines; vainqueur dans certaines législations [2], il succomba partout où les lois romaines prirent le dessus et se confondit dans la donation à cause de noces; dans le Nord, il se perdit dans le douaire, ce qui dut arriver d'autant

[1] Je retrouve dans les diplômes bavarois cette expression de *Justitia* désignant le douaire. Meichelbeck, *Hist. Frising*, I, 226 (anno 800) et n° 550 (anno 831).

[2] Dans le royaume de Naples, par exemple, la quarta resta le douaire des femmes qui ne vivaient pas *jure Francorum*. In sequenti die nuptiarum, dit un glossateur du XIII[e] ou du XIV[e] siècle, debet ire vir ad uxorem ante parentes et amicos, et cum scripto hoc instrumento de *morganicab* exinde confecto, et dicere uxori : *Per hoc scriptum morgincab investio te de quarta omnium bonorum meorum*; et sic per consequens translatum est in ea quarta dominium sine aliqua possessione, per traditionem illius scripti. Gloss. ad lib., III, tit. 15, Const. neap.

plus aisément, qu'on prit de bonne heure l'habitude de constituer le morgengabe dès avant le mariage [1].

En Allemagne néanmoins, le morgengabe se maintint pendant le moyen âge, et de nos jours, se retrouve encore en usage, chez les nobles et chez les paysans [2], deux classes restées plus fidèles aux coutumes féodales que la bourgeoisie; ce qui s'explique aisément par la nature même de leurs tenures. Il est souvent question du morgengabe dans les romans de chevalerie [3], et le *Miroir de Saxe* fait de cette donation un privilége des nobles [4]; mais cette restriction ne se rencontre pas dans les coutumes souabes, et il y a, au contraire, une foule de villes dans les statuts desquelles on retrouve le morgengabe.

Témoin ce privilége de Mursebach de l'an 1165 [5].

« *Qui uxorem legitimam vobiscum duxerit,*
» *quidquid mane coram paranymphis et concivi-*
» *bus suis uxori suæ dederit, et illa ei, cum as-*
» *sensu heredis utriusque* [6] *quod teutonicè Morgen-*
» *gabe vocatur, uterque integra pace obtinebit.* »

[1] Grimm, D. R. A., 442. Niesert, Beytrage zu einem Munst. Urkundenbuch, t I, Abth., 2, n° 2.

[2] Eichhorn, Privat. Recht., § 304.

[3] Orlenz, V, 14005 et ss.

Wilhelm, der reine Man,
Gap siner trut Amien,
Der schœnen Amelien,
Die reichste Morgengabe
Die Walhe, oder Swabe,
Je davor gegeben ê.

[4] Sachsenspiegel, I, 20.

[5] Kindlinger, Münst. Beitrage, III, n° 19.

[6] Le consentement de l'héritier, pour l'établissement du Morgengabe, est une condition exceptionnelle; en général on ne l'exige pas dans les monuments juridiques que nous possédons.

Quant au chiffre du Morgengabe, la loi des Alemanni, que nous avons citée, le fixe à douze solidi; le Miroir de Saxe, sans déterminer de taux, décide que des meubles seuls seront l'objet de cette libéralité; c'est une conséquence du principe qui n'exige point le consentement de l'héritier pour la constitution du Morgengabe [1]; le *Rechtsbuch* de l'empereur Louis de Bavière ne veut pas que la donation excède jamais le dixième des biens du mari. Le Miroir de Souabe entre dans un détail excessif, et proportionne le Morgengabe à la condition du donateur [2].

Dans les coutumes franques, qui toutes deux admettaient le Morgengabe, cette libéralité s'est promptement perdue dans le douaire.

Voici, par exemple, un diplôme donné par Schannat [3], qui ne permet aucun doute à ce sujet.

« *Liutphridus, memorati Liutphridi filius, cum*
» *ad intelligibilem pervenisset ætatem, quietam*
» *tanti temporis possessionem Schaunaugiensium*
» *super passagio turbare temptavit, asserens:*
» *quod prædium illud in Rorbach, loco passagii*
» *resignatum* cum dotalitium, quod dicitur Mor-
» gengabe, *matris suæ fuerit, pater ejus in feo-*
» *dum redigere, vel quolibet modo alienare absque*

[1] Sachsensp., I, 20. Nu vernemet wat jegelik Man von ridderes Art moge geven sime Wive to Morgengave. Des morgens, alse he mit ir to Dische gat vor etene, ane Erven Gelof, so mach he ire geven enen Knecht, oder ene Maget, die binnen iren Jaren sin, unde Tunete, unde Timber, unde Veltgande ve.

[2] Schwabenspiegel, c. 18 (ed. Lassberg).

[3] Hist. Ep. Wormat, p. 108. Le diplôme est de l'année 1229.

» *suo assensu nec debuerit plane, nec potuerit.* »

Ce passage est d'autant plus curieux qu'il nous montre le Morgengabe constitué sur un immeuble, et inaliénable sans le consentement de la femme, c'est-à-dire un véritable douaire; la transformation est complète [1].

Une autre donation se trouve dans nos anciens diplômes du Midi, c'est l'*Osculum*, qui dans l'origine fut une espèce de *donatio propter nuptias*, faite au jour des fiançailles, et qui plus tard devint une forme de douaire plutôt qu'une donation de nature particulière; cependant nos vieux praticiens distinguaient encore l'*Oscle* du douaire et de la donation pour cause de noces, et au treizième siècle, quand le droit romain se fut greffé sur le droit germanique, on faisait renoncer les femmes qui s'obligeaient:

« A tous privilèges et bénéfices de croiz donnés ou » à donner, et octroyés à femme ou à octroyer, soit » par *oscle*, par douaire, par mariage ou par do- » nation par noces ou entre vis [2]. »

Cette donation était un emprunt des lois romaines, ainsi qu'on en peut juger par ce rescrit de Constantin à Tiberianus, vicaire des Espagnes [3].

Si ab sponso rebus sponsæ donatis, *interveniente osculo*, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere præcipimus, dimidiam ad

[1] En Suisse, on trouve des modifications analogues dans certaines villes. Bluntschli, I, 432.

[2] Ducange, v° *Osculum*. Il y a une intéressante formule du *libellus osculi* dans Martène et Durand, Amplissima collectio, II, 12. Ginoulhiac, *Histoire du Régime dotal*, p. 370.

[3] Cod. Theod., III, t. 5, l. 5.

defuncti vel defunctæ heredes, cujus libet gradus sint, et quocumque jure successerint, ut donatio stare pro parte media, et solvi pro parte media videatur; *osculo vero non interveniente*, sive sponsus, sive sponsa obierit, *totam infirmari donationem*, et donatori sponso sive heredibus ejus restitui.

Cette coutume, espagnole peut-être [1], se retrouve dans le *Breviarium* d'Alaric, dans le *Fuero juzgo*, traduction espagnole de la loi wisigothe [2], et dans le *Fuero viejo* (c'est ainsi que se nomme la coutume de Castille) [3].

Ceci est coutume (*Fasaña*) de Castille : Que doña Elvire, cousine de l'archidiacre don Matheo de Burgos, et fille de Ferran Rodriguez de Villarmentero, était fiancée avec un cavalier, et le cavalier lui donna en présent de fiançailles (*en desposorio*) des habits, des bijoux et une mule harnachée. Mais le mariage vint à manquer ; et le cavalier redemanda à la dame toutes les choses qu'il lui avait données en présent de noces, puisqu'il n'y avait plus de raison pour les lui donner (*qui no havia porque gelo dar*); et ils vinrent devant don Diego Lope de Faro, qui était *adelantado* de Castille, et dirent leurs raisons, le cavalier et l'archidiacre don Matheo, qui était l'avocat (*raçonador*) de la dame. Et jugea, don Diego, que si la dame accordait qu'elle avait baisé et embrassé le cavalier, après la promesse faite (*despues que se juraron*), elle garderait tous les présents de noces ; et qu'au contraire, si la dame n'accordait pas qu'elle eût embrassé ou baisé le cavalier, après les fiançailles faites, elle rendrait tout ce qu'elle avait reçu.

La dame ne voulut point accorder qu'on l'eût baisée ni embrassée, et elle rendit tout ce qu'on lui avait donné.

[1] On peut tirer cette conclusion de l'intitulé de la constitution adressée au vicaire des Espagnes.

[2] L. III, tit. 1, l. 5. Si algun esposo muriere por ventura fechas las esposaias, *y el baso dado*, e las arras dadas, estonze la esposa que finca deve aver la meetad de todas las cosas quel diera el esposo. E si el beso non era dado, y el esposo muriere, la manceba non deve aver nada daquellas cosas.

[3] Fuero viejo de Castilla, Madrid, 1771, liv. V, tit. 1, § 4.

Cette nécessité de l'*Osculum* pour que les fiançailles fussent considérées comme accomplies, me ramène au douaire qui, également, n'était acquis à la femme qu'après le mariage achevé : *Au coucher femme gagne son douaire* est un adage coutumier [1], qui va de la Loire aux bouches de l'Elbe.

« Femme gagne son douaire à mettre son pied au » lit puisqu'elle est épousée à son seigneur, ores » qu'il n'eût jamais eu affaire avec elle. » Ainsi s'exprime l'ancienne coutume de Bretagne, art. 331.

« Cette coutume, dit Coquille, plus charnelle que » spirituelle, a fait plus d'état de la copulation de la » chair, ou des actes prochains d'icelle, que du sacre- » ment. Car, quand il se dit la femme avoir un pied » dans le lit, il faut croire qu'il est malaisé que le » reste ne s'ensuive. »

N'en déplaise à Coquille, le principe qui régissait l'acquisition du douaire était fort sage ; le mariage n'étant considéré comme parfait que par la cohabitation, c'était une nécessité de recourir à des symboles moins grossiers que le fait, à une époque où le droit se personnifiait dans une suite non interrompue d'actes symboliques.

Du reste, et pour nous assurer que nos aïeux étaient moins susceptibles que nous, voici comment un pape, Æneas Silvius, un saint canonisé, nous raconte le mariage de l'empereur Frédéric et d'Éléonore de Portugal ; c'est la coutume germanique dans tout son naturel [2].

[1] Sachsenspiegel, I, 45 ; III, 45, § 3.
[2] In vita Frederici III, p. 115.

(Jussit imperator) Teutonico more stratum adparari, jacentique sibi Eleonoram in ulnas amplexusque dari, ac præsente rege[1], cunctisque proceribus adstantibus, superduci culcitram, neque aliud actum esse nisi datum osculum, fuisse enim ambos vestitos, mox que inde surrexisse. *Et l'historien ajoute :* sic consuetudines Teutonicorum se habere, quum principes primum jungantur[2], mulieres vero hispanas, quæ adfuerint, arbitratas rem serio geri, quum superduci culcitram vidissent, exclamasse indignum fieri facinus, regemque qui talia permitteret increpasse. Hunc autem non sine risu et jucunditate spectasse peregrinos mores.

Je souhaite que le lecteur ne soit pas plus délicat que le roi Alphonse; et que la bonhomie de ces anciens usages ne le révolte pas.

CHAPITRE IV.

Des donations qui remplacent le douaire dans les coutumes romaines et gothiques.

Chez les Wisigoths la législation du mariage est comme une transaction entre le système romain et le système germanique; aussi se rapproche-t-elle un peu de nos législations modernes.

A côté de la dot de la femme, condition essen-

[1] Le roi Alphonse, père d'Éléonore.

[2] Il est remarquable que c'est dans les familles souveraines que les usages germaniques se sont conservés avec le plus de pureté. Le mariage par procuration, qui subsiste encore, rappelle à certains égards le mariage tel que nous le dépeint Æneas Silvius. *Voy.* Ludwig, De matrim. per procur., Dissert. VIII, c. 3.

tielle du mariage [1], on trouve un douaire, *Dos* (*Arras*, dans le Fuero juzgo), espèce de Morgengabe. C'est presque le seul vestige qui nous reste de la coutume germanique, tant ces races gothiques ont été promptes à prendre les idées et les mœurs des vaincus.

Ce douaire, d'après une loi de Chindasvind [2], ne doit pas excéder le dixième des biens du mari; c'est ce chiffre, chose singulière, qui se retrouve en Allemagne au quatorzième siècle dans le *Rechtsbuch* de l'empereur Louis de Bavière. A cette donation du dixième, qui se prend sur tous les biens du mari sans distinction d'origine [3], le Goth noble peut ajouter dix esclaves mâles, dix femmes esclaves, vingt chevaux, et des bijoux jusqu'à concurrence de mille solidi.

Quand il n'y a pas d'enfants du mariage, la femme est propriétaire du douaire et peut en disposer à son gré; mais si elle meurt sans disposition dernière (*sin fabla*, dit le Fuero Juzgo), la donation fait retour aux héritiers du mari. Souvent aussi on fait de cette réserve une condition expresse du douaire,

[1] L. Wisig., III, 1, l. 1. Receswind. *Ne sine dote conjugium fiat.* Nuptiarum opus in hoc dinoscitur habere dignitatis nobile decus, si dotalium scripturarum evidens præcesserit munus. Nam ubi dos nec data est, nec confirmata, quod testimonium esse poterit in conjugii dignitate futura, quando nec conjunctionem celebratam publica roborat dignitas, nec dotalium tabularum adcomitatur honestas. Ce chapitre est disparu du *Fuero juzgo*, la célébration publique devant l'Église a heureusement remplacé l'ancienne formalité de la dot.

[2] L. Wisig., III, 1, l. 6.

[3] L. Wisig., III, 1, l. 10.

et communément les diplômes, plus sévères que la loi, ne donnent à la femme qu'un simple usufruit [1].

Dans les coutumes romaines, c'est la *Donatio propter nuptias* qui fait fonction de douaire [2], et le *Petrus*, par un curieux mélange des idées barbares et romaines, fait, et de la dot, et de la *Donatio propter nuptias*, la double condition essentielle du mariage, au moins pour ce qui concerne l'union des nobles [3].

La confusion de la *Donatio propter nuptias* et du douaire est évidente dans les formules angevines [4], on la rencontre également dans une foule de diplômes méridionaux; chacune des deux institutions a perdu de son caractère, et il s'est fait une institution bâtarde qui tient à la fois des deux. Voici, pour exemple, un contrat de l'an 1095, qui se recommande par le nom des personnages qui y prennent part; c'est la donation de Bertrand, fils de Raymond de Saint-Gilles, à Hélène de Bourgogne [5].

« Au nom de notre seigneur J.-C., voici l'acte du Douaire et de

[1] Marca hispanica, Diplom., 246, p. 1110.

[2] Lex Romana de Canciani., III, c. 5. Dans le droit canonique, le Douaire est le plus souvent désigné par ce nom de *Donatio propter nuptias*. *Voy*. p. ex. Decret., IV, 20, c. 6.

[3] Petrus, I, 30. Comites, duces, reges, *si sine dote et propter nuptias donatione ducant uxores, non erunt nuptiæ*, quamvis in personis aliorum qui minoris sunt dignitatis, vel qui nullam habent dignitatem sufficit solus consensus viri et mulieris in contrahendis nuptiis.

[4] Formulæ Andegavenses, I, 2, 3. Leur longueur seule nous empêche d'insérer ici ces textes curieux.

[5] *Hist. du Languedoc*, t. II, preuves, n° 311, p. 338.

la Donation [1], que très-noble homme messire Bertrand donne à sa chère fiancée et épouse madame Hélène.

» Au commencement, quand le Dieu tout-puissant créa tous les êtres, chacun avec sa compagne, il ne voulut pas que l'homme restât seul, mais il lui donna son semblable pour compagne, il les bénit et leur dit : Croissez et multipliez, et remplissez le monde et assujettissez-le. Commandez aux poissons de la mer, aux oiseaux du ciel et aux animaux qui couvrent la face de la terre; et moi, Bertrand, instruit par ces exemples, fort des principes apostoliques, je veux me marier, je veux engendrer des enfants, être père de famille, et t'épouser, toi, ma chérie!

» Et, au nom de mon amour et de ta beauté, au nom des enfants qui doivent un jour naître de notre union, je te donne pour ta donation [2] par la loi romaine, qui est la mienne, la ville de Rhodez avec la comté et l'évêché. En outre, je te donne en Douaire [3], par la loi romaine, qui est la mienne, la ville d'Avignon avec la comté et l'évêché, et la ville de Digne avec la comté et l'évêché.

» Tout ce que je viens d'énumérer, ma chère épouse, je te le donne tout entier [4], avec tout ce que j'y possède, ou que j'y peux posséder, mais avec cette condition : tant que nous vivrons tous deux, nous tiendrons et nous posséderons ensemble cette donation; s'il naît des enfants de cette union, ces fiefs leur feront retour après notre décès; si nous n'avons pas d'enfants, et que tu me survives, tu garderas, tu posséderas cette donation, et après toi, elle appartiendra en toute propriété, à qui tu voudras la transmettre [5]. »

Cette dernière disposition est un emprunt à la loi wisigothique.

[1] *Dotis et Donationis.*
[2] *In sponsalitio et dotatione.*
[3] *In dotalitio.*
[4] *Ad integrum.*
[5] *Voy.* encore *Histoire du Languedoc*, t. II. Preuves nos 200 et 311.

CHAPITRE V.

De la puissance maritale (Mundium, Mundiburdium).

Chez les Germains, comme chez les premiers Romains, la femme est toujours en tutelle; elle passe du *Mundium* de son père ou de ses parents, sous le *Mundium* de son époux; et ce pouvoir donne au mari à peu près les droits du père. Ainsi c'est au mari qu'appartient le *Wehrgeld* de la femme, quand on la tue, ou quand on l'enlève, et, par une disposition bizarre, mais qui mieux que tout ce que je pourrais dire, montre l'énergie singulière du *Mundium*, c'est en la puissance du mari que tombent les enfants nés pendant l'enlèvement; car c'est lui qui est toujours resté le seul maître de la femme [1]. Il y a là, on ne peut le nier, une ressemblance frappante avec la *Manus*, et il me paraît probable que dans l'origine, le mari avait sur la femme et sur ses biens une autorité presque absolue [2].

Je vois du moins que dans les législations restées les plus fidèles au vieil esprit germanique, telles que les coutumes scandinaves [3], lombardes, anglo-

[1] Lex Alem., tit. 51, § 2. Muratori, Antiq. Diss., XX, t. II, p. 114.

[2] C'est aussi l'avis d'Eichhorn, R. G., § 54.

[3] Rosenvinge Dänische, R. G., § 44.

normandes[1], les femmes sont dans une position subalterne devant le mari, administrateur et maître absolu des biens conjugaux[2], et, comme le définit le Miroir de Souabe, tuteur et maître de sa femme, *der Frauen Vogt und Meister.*

Mais dans la plupart des coutumes barbares, il s'en faut de beaucoup qu'on reconnaisse au mari un pouvoir aussi grand sur la personne et les biens de l'épouse; au contraire, la personnalité et la fortune de la femme (deux choses qui ne marchent jamais l'une sans l'autre) sont nettement protégées.

Tant que dure le mariage, le mari, seul administrateur du bien conjugal, en vertu du *Mundium*, est en quelque sorte seul propriétaire à l'égard des

[1] Sciendum est, dit Glanville, liv. VI, c. 3, quod mulier nihil potest disponere circa dotem suam, tempore vitæ mariti; quia cum mulier ipsa plene in potestate viri sui de jure sit, non est mirum si tam dos, quam mulier ipsa et cæteræ omnes res ipsius mulieris plene intelliguntur esse in dispositione viri ipsius.

(Ce sont presque les termes de la loi des Bourguignons. Add., tit. 13. Quæcumque mulier burgundia vel romana voluntate sua ad maritum ambulaverit, jubemus ut maritus ipse facultate illius mulieris, sicut in eam potestatem, ita et de rebus suis habeat).

§ 2. Potest autem quilibet uxorem habens dotem uxoris suæ donare vel vendere, vel alio quo voluerit modo alienare in vita sua, *ita quod tenetur uxor sua in hoc, sicut in aliis rebus omnibus quæ contra Deum non sunt, ei assentire.* Adeo autem tenetur mulier obedire viro suo, quod si vir ejus dotem suam vendere voluerit, et ipsa contradixerit, si postea ita fuerit vendita dos et empta, mortuo viro suo non poterit mulier dotem ipsam versus emptorem petere, si confessa fuerit in curia, vel super hoc convicta, quod ea contradicente viro suo, fuerit dos à viro suo vendita.

Je n'ai pas besoin de dire que *Dos* signifie toujours le douaire dans le livre de Glanville.

[2] Dipl. de 806 publié par Lacomblet, Urkundenbuch des Niederrheins. Hiddo, qui *dominante manu* hanc traditionem peregit.

tiers; la femme ne peut aliéner ni disposer sans le consentement du mari, car elle est en tutelle [1], et en ce point, sa position diffère étrangement de celle des femmes qui, vivant sous la nouvelle loi romaine, restent maîtresses de leur fortune [2]; mais il ne faut pas croire que comme la femme *in manu* d'autrefois, l'épouse du Germain soit désarmée devant le pouvoir marital; il y a un abîme entre le *Mundium* et la *Manus*, car cette puissance, telle que nous la connaissons du moins, n'est guère plus qu'un droit de tutelle dans l'intérêt du protégé. Le Miroir de Saxe reconnaît hautement ce caractère tutélaire du *Mundium* germanique [3]. *Die Man is ok Vormünde sines Wiwes to hant als sie ime getrüwet wert. Dat Wif is ok des Mannes Genotinne tohant als sie in sin Bedde trit.*

Ainsi le mari est bien, au dehors, le seul représentant de l'association conjugale. C'est lui qui défend sa femme en justice, et, s'il le faut, même par le glaive; mais son pouvoir n'est que d'un

[1] Sachsenspiegel, t. 31, § 2. Svenne en Man Wif nimt, so nimt he in sine Gewere all ir Guet to rechter Vormuntscap.

[2] Une glose des lois de l'empereur Guido, conservée dans le *Codex ambrosianus*, fait les distinctions suivantes, qui caractérisent exactement les deux législations romaine et lombarde (Pertz. Leg., I, 158): Ut mulier longobarda, si viro habuerit, non potest facere nullum scriptum qui pertinet ad hæreditandum sine interrogationes parentes, et si viro non habuerit, potest facere cum consensu mundualdo, sine interrogatione parentes, *et si fuerit romana, et viro non habuerit, potest facere sola.* Les deux législations en présence, il devait s'ensuivre une transaction qui eût amené une loi semblable à la loi française; mais la prépondérance du droit romain étouffa l'élément germanique dans la législation italienne.

[3] III, 45, § 3. Muratori, Antiquit. Diss., XX, t. II, p. 127, nous a conservé à ce sujet un curieux diplôme de l'an 1217. *Voyez* aussi Diss. XXII, t. II, p. 275.

chef et non point d'un maître. Il peut disposer des revenus du bien conjugal et tous les fruits lui appartiennent ; mais il ne peut aliéner les propres de la femme qui sont mêlés, mais non pas confondus dans son patrimoine ; aussi, quand la femme veut vendre ses biens, le mari, dont le consentement est nécessaire pour l'aliénation, figure dans l'acte, non pas comme propriétaire, mais comme simple tuteur donnant son autorisation [1]. Souvent même la loi, se méfiant de l'obsession du mari, exige la présence de parents de la femme, qui paraissent dans l'acte, soit comme curateurs spéciaux, comme *advocati*, soit comme simples garants, pour surveiller l'intérêt commun de la famille, et s'assurer que ni le dol, ni la violence n'ont arraché le consentement de la femme [2].

La loi va plus loin ; de bonne heure on trouve le douaire inaliénable sans l'aveu de la femme, et quelquefois même sans l'aveu de ses héritiers [3]; bien plus,

[1] Muratori, Antiquit. Diss. XXII, t. II, p. 267 et ss., donne une suite de chartes du XI[e] siècle où figurent des femmes aliénant avec le consentement du mari. Ces chartes sont d'autant plus curieuses qu'elles sont faites suivant les lois salique, lombarde, allemande, romaine ; en toutes ces chartes la femme figure au premier rang et signe la première, le mari ne paraît que pour autoriser. Neugart, n° 12.

[2] Leg. Luitprand., IV, 4. Si qua mulier res suas, consentiente viro suo, communiter venumdare voluerit, ipse qui emere vult, vel illi qui vendant, faciant notitiam ad duos vel tres parentes ipsius mulieris, qui propinquiores sunt. Et si, in presentia de ipsis parentibus suis, illa mulier violentiam se pati dixerit, non sit stabile quod vendiderit. Ces *Advocati* figurent fréquemment dans les diplômes suisses et italiens. *Voy.* Neugart, n[os] 153, 156. Lacomblet, n° 253. Bluntschli, p. 117. Meichelbeck, n° 1133 (loi bavaroise).

[3] Ou de ses advocats. Diplôme de 1153 donné par Lacomblet, n° 377. Meichelbeck, *Hist. Frising.*, n° 38 (an. 773).

on considère souvent la femme comme héritière naturelle de l'époux; et, à ce titre, elle a, comme les héritiers du sang, le droit de paraître à la vente des biens propres du mari; il y faut son consentement. Les diplômes abondent, dans lesquels on voit figurer la femme dans l'acte de vente, et cela dans les pays même où la faveur des femmes est réputée la moins grande, je veux dire les pays où règnent les coutumes saliques ou ripuaires[1]. Il y a là évidemment un germe de la communauté telle qu'elle s'est développée plus tard dans les coutumes du moyen âge. Je reviendrai sur ce point intéressant[2].

En résumé, et quelque idée qu'on se fasse de l'énergie primitive du *Mundium*, il faut reconnaître que ce droit s'est rapidement transformé sous l'influence des idées chrétiennes, qui portaient à considérer le mariage comme une société où les deux époux avaient des droits égaux[3], et chez les Germains, habitués à

[1] Lacomblet, Urkundenbuch, nos 180, 184, 200. Diplôme de l'an 1104. Meginherus de randen Rode, cum neque uxorem, neque filium haberet...... prædium quoddam suæ proprietatis ad altare sanctæ Mariæ...... traditione legitima contradidit. Zeuss., Traditiones Vizeburgenses, passim.

[2] *Infrà. Époque diplomatique*, liv. III.

[3] *Societas nuptiarum*, dit le pape saint Léon, dans un passage du décret, sur quoi le glossateur met cette note qui vient très-bien à notre sujet : Sic matrimonium se habet instar societatis et ita intelligitur. *Cap. signif. Ext. de Donation.*, ubi dicitur : Quod et ea quæ lucrantur vir et uxor communiter obveniunt eis. Gratian., Caus. 27. Q. 2, can. 17. Le *Miroir de Souabe* exprime d'une façon fort vive la sainteté et la force du lien conjugal. (Ed. Lassberg), § 3.... Ein Man und sein Wip, diu recht und redelichen zer E chomen sint... da ist niht Zweiunge an, *si sint wan ein Lip*.

considérer leurs femmes comme les associées naturelles de leurs travaux et de leurs dangers (*laborum periculorumque sociam*, dit Tacite), ces idées devaient trouver un plus facile accès qu'à Rome, où la femme n'avait jamais été reçue ni par les mœurs, ni par les lois, comme la compagne et l'égale de son époux.

Sous l'empire de ces idées, il se forma, en ce qui concerne le régime des biens conjugaux, un système qui tient le milieu entre les deux systèmes romains, la *Manus* et la dot, plus libre que le premier, plus intime que le second. La femme n'est plus une esclave ou une étrangère, mais une compagne et une associée. Le mari a plein pouvoir comme administrateur, mais ce n'est point un propriétaire, et il y a tendance constante à protéger la fortune de la femme contre la mauvaise administration du mari.

Chacun sait que compagnie se fait par mariage, dit Beaumanoir [1], car sitôt, comme mariage est fait, les biens de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage; mais voirs est que tant comme ils vivent ensemble, l'homme en est *mainburnissière;* et convient que la femme souffre et obéisse de tant comme il appartient à leurs meubles et aux dépouilles de leurs héritages; tout soit ce que la femme y voie perte tout apertement, si convient-il qu'elle en souffre la volonté de son seigneur. Mais voirs est que le très-fond de l'héritage qui est de par la femme, ne peut le mari vendre si ce n'est de l'octroi et de la volonté de la femme, ni le sien même si elle ne renonce a son douaire (et promet) qu'elle riens ne demandera pour son douaire si elle lui survit.

Le Miroir de Saxe [2] parle comme Beaumanoir,

[1] Chap. XXI, p. 110.

[2] Sachsenspiegel, I, 31. Man unde Wif ne hebbet nein getveiet

et il semble que tous deux aient puisé aux mêmes sources. J'en dis autant de la très-ancienne coutume de Bretagne, qui nous donne la raison pourquoi le mari ne peut vendre le douaire de sa femme, raison qui tient au fond même des idées germaniques.

T. A. C., art. 40. Le mari ne peut vendre ni aliéner le droit de sa femme, fors à son vivant, et encore luy faisant pourvéance; *car de raison nul ne peut vendre ni aliéner la saisine d'autruy*, tant comme touche son droit, sans l'assentement de celuy ou celle à qui ils sont. Et femme a la saisine des choses qui viennent devers elle.

Ces idées sur la nature de la puissance maritale nous sont trop familières pour que j'insiste plus longtemps; elles ont traversé le moyen âge et sont venues jusqu'à nous sans éprouver d'altération sensible dans un si long parcours, preuve évidente de leur bonté et de leur sagesse, preuve aussi qu'il nous reste beaucoup plus du vieux levain germanique qu'on ne le suppose communément.

Gut to irme Live. Stirft aver dat Wif bi des Mannes Live, se ne erft nene varende Have, wenne Rade, unde Egen, of se dat hevet, in den nesten. — Wif ne mach ok ires Gudes nicht vergeven ane ires Mannes Willen, dat he't dur Recht dulden durve. — Svenne en Man Wif nimmt, so nimmt he in sine Gewere al ir Gut to rechter Vormuntscap, dar umme ire mach nen Wif ireme Manne nenne Gave geven an irme Egene, noch an irer varende Have, dar se't iren rechten Erven mede verne na irem Tode; wende die Man ne mach an sines Wives Gude nene andere Were gewinnen, wen alse he to dem irsten mit ire untvieng in Vormuntscap.

CHAPITRE VI.

Des droits de la veuve.

Quand la mort vient briser un lien, perpétuel dans le vœu des époux comme dans le désir de la loi, cette séparation violente de deux existences qui se confondaient l'une dans l'autre, entraîne pour la veuve un grand dérangement dans sa position de fortune; le mari mort, il faut compter avec les héritiers.

A ce moment, la situation de la veuve appelle tout l'intérêt de la loi; il ne s'agit pas d'une liquidation de société ordinaire, mais du partage d'un patrimoine que la femme a dû considérer comme sien, pendant de longues années peut-être. Et, en effet, quel que soit le régime légal des biens des époux, *Manus*, dot, séparation ou communauté, le résultat d'une vie intime comme est celle de deux époux, c'est toujours une communauté de fait, communauté d'autant plus absolue que les époux sont plus unis. Devant cet amour mutuel, devant cette communion de vie (le plus grand bonheur que l'homme ait reçu de Dieu sur la terre), comment tiendraient les barrières artificielles de la loi; et comment, quand les personnes se confondent, les biens resteraient-ils séparés? La mort, en changeant brusquement cet état de choses, frappe à la fois la veuve dans ses affections et dans sa fortune; c'est alors qu'une législation bien faite prend en main la cause

de celle qui, dans sa triste position, ne peut se défendre, et, tout en ménageant l'intérêt de la famille du mari, fait éviter à la femme ces brusques renversements de fortune, dont la société ressent toujours le contre-coup. Par les égards dont une législation environne les veuves, on peut juger de son esprit; et c'est une loi constante que, plus la civilisation gagne, et plus aussi grandissent les droits de la femme. Et en effet, ôtez l'intérêt politique, il semble que dans la famille, nul titre ne soit plus sacré que celui d'épouse, et qu'il n'y ait que justice exacte à partager le patrimoine entre la mère et les enfants.

Dans ce difficile ménagement d'un double intérêt, les lois romaines ont échoué; la femme a été sacrifiée à la famille. Donner à la veuve, qui avait été *in manu*, simple part d'enfant, c'était souvent la dépouiller d'une partie de son apport au préjudice d'agnats qui ne la touchaient point; et, d'un autre côté, tenir la femme en dehors de la famille, comme faisait le régime dotal, et ne rendre à la veuve que son apport, c'était mentir à la belle définition que les jurisconsultes romains nous donnent du mariage [1]; c'était sacrifier le bonheur de la vie commune en créant dans le ménage des intérêts distincts. Qu'ajouterais-je aux belles paroles de Columelle si souvent citées [2], et qui nous peignent si vivement combien on souffrait à Rome de ce régime qui fait

[1] L. 1, de Ritu nupt., D. XXIII, 2. *Consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.*

[2] Liv. XII, Præf.

un devoir à la femme de se tenir en dehors d'une maison qui n'est pas la sienne; et, par un singulier renversement d'idées, semble, dans le mariage, n'avoir en vue que la séparation : « *Erat (olim)* » *summa reverentia, cum concordiâ et diligentiâ* » *mixta, flagrabatque mulier pulcherrima diligen-* » *tiæ emulatione, studens negotia viri curâ suâ* » *majora atque meliora reddere* : nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus » aut femina proprium esse juris suis diceret, *sed in* » *commune conspirabatur ab utroque, ut cum* » *forensibus negotiis matronalis sedulitas indus-* » *triæ rationem parem faceret.* »

Bien supérieures en ce point aux lois romaines, les coutumes barbares se sont montrées pleines de douceur et de libéralité.

Indépendamment du morgengabe et du douaire, elles assurent à la veuve une part dans les biens acquis par l'industrie commune; c'est le tiers dans la loi des Ripuaires, *tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverint* [1]. Qu'il en fût de même dans la loi Salique, c'est ce qui semble résulter d'une formule de Marculfe [2], et de quelques diplômes qui nous sont restés [3].

La loi des Bavarois donne à la femme une part

[1] L. Ripuar., XXXVII, c. 2.

[2] Marculf., II, 17. Aymoin, IV, 35. Alteserra, Rerum Aquit., III, 18.

[3] Le *Manuscrit de Munich*, publié par M. Feuerbach, contient une disposition expresse qui donne à la femme le tiers des acquêts; mais ce n'est qu'un emprunt fait à la loi des Bourguignons, tit. XXII, 1 et 2, et on ne peut s'en autoriser pour conclure qu'une semblable disposition ait existé dans le texte de la loi Salique.

d'enfant ; disposition qui semble inspirée par la Novelle cinquante-troisième, dans laquelle Justinien établit un droit de succession en faveur de l'époux misérable [1]. S'il n'y a pas d'enfants, la femme a la moitié des acquêts, mais en usufruit seulement [2].

Les Capitulaires qui donnent à la femme le tiers du bénéfice commun, comme font les lois franques, semblent lui donner, comme la loi des Bavarois, une part d'enfant dans les autres biens du mari [3].

La loi des Wisigoths [4] donne également à la veuve une part d'enfant, en usufruit, et, en outre, lui fait prendre dans les acquêts une part proportionnelle à son apport [5], disposition singulière qui ne se rencontre dans aucune autre loi de la conquête.

[1] Nov. 53, c. 6; 115, c. 5. Savigny, R. G., t. II, p. 38.

[2] Lex Bajuv., XIV, c. 8, § 1.

[3] Capit. V, 295. Volumus ut uxores defunctorum, post obitum maritorum tertiam partem conlaborationis quam simul in beneficio conlaboraverunt, capiant, et de his rebus quas is, qui illud beneficium habuit aliunde adduxit, vel comparavit, vel ei ab amicis suis collatum est, has volumus tam ad orphanos defunctorum quam ad uxores eorum pertinere.

[4] L. L. Wisig., IV, 2, 14.

[5] L. L. Wisig., IV, 2, 16...... De omnibus augmentis et profligationibus pariter conquisitis, tantam partem unusquisque obtineat, quantam ejus facultatem fuisse omnimodis sibi debita vel habita possessio manifestat..... Quod vero maritus aut de extraneorum lucris, aut in expeditione publica conquisivit, aut de principis, vel patroni atque amicorum conlatione promeruit, filii vel hæredes ejus ad integrum sibi vindicabunt, aut quod ex inde voluerint judicare, licenter illis erit plenam potestatem habere. Similis erit et de mulieribus conditio, si quorumcumque munere videantur aliquid percepisse. Hein., Elem. jur. germ., I, 267, 268.

Les lois des Thuringes, des Alemanni et des Frisons ne parlent point de cette part de la femme dans les acquêts, sans que de leur silence on puisse conclure l'exclusion de cette disposition; au contraire, il semble qu'on puisse conclure des lois franques à la loi des Thuringes [1] et de la loi des Bavarois à celle des Alemanni, ces coutumes étant de même famille, et se complétant perpétuellement l'une par l'autre. La loi lombarde ne reconnaît que la *Metha* et le *Morgengabe*, mais une ordonnance d'Aistulphe permet de laisser à la femme la moitié en usufruit; la donation est révoquée si la femme se remarie [2]. Cet usufruit, qu'on remarque bien, n'est point une légitime comme la *Tertia* des lois franques, c'est une libéralité volontaire du mari; c'est l'exception, ce n'est point la règle. L'influence des idées romaines est toujours visible dans les lois lombardes.

Les coutumes anglo-saxonnes, bien autrement favorables, donnent à la femme qui a des enfants la moitié de la fortune [3]. Cette quotité de moitié se retrouve dans la loi saxonne, dont les dispositions méritent de fixer notre attention.

TIT. VIII. DE DOTE.

1. « Dotis ratio duplex est; Ostfalai et Angrarii volunt : Si fe-

[1] Les traditiones fuldenses, II, c. 2, donnent la *Tertia* à la veuve. Hein., Elem. jur. germ. I, 271.

[2] Aistulphi, l. 5.

[3] Æthelbert, 1, 77. Gief heo cwic bearn gebyreth, healfne scæt age, gif ceorl ær swilted. (Si elle met au monde un enfant vivant, qu'elle ait la moitié du bien, quand le mari meurt avant elle.) »

mina filios genuerit, habeat dotem, quam in nuptiis accepit, quamdiu vivat, filiisque dimittat.

4. » Apud Westfalaos, postquam mulier filios genuerit, dotem amittat; si autem non genuerit ad dies suos dotem possideat, post decessum ejus dos ad dantem, vel si deest, ad proximos heredes ejus revertatur. »

TIT. IX. DE ACQUISITIS.

1. « De eo quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam portionem accipiat; hoc apud Westfalaos. Apud Ostfalaos et Angrarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua. »

Ainsi, chez les deux peuples saxons, il y a ceci de commun, que la femme qui n'a pas d'enfant garde la *Dos*[1] et la possède en usufruit jusqu'à la mort. Mais quand il y a des enfants du mariage, la *Dos*, chez les *Ostfalii*, devient propriété de la femme, et propriété si absolue, que non-seulement ses enfants, mais encore si ses fils meurent avant elle, ses parents y succèdent de préférence à la ligne du donateur[2]. Au contraire, chez les *Westphalii* la femme qui a des enfants perd la *Dos*, mais, par contre, elle gagne la moitié des acquêts[3]; la communauté s'ouvre, alors que la naissance d'un enfant a donné aux deux époux des intérêts communs.

Ce qu'il y a d'intéressant dans ces dispositions

[1] M. Gaupp (Sachsisches Recht) ne voit dans la *Dos* des Saxons, qu'un *Morgengabe*. Eichhorn, Philips, Beseler, Kraut y voient un véritable douaire.

[2] Lex Saxon., tit. VIII, § 2.

[3] On ne peut admettre que la femme westphalienne obtînt la dot et les acquêts quand il n'y avait pas d'enfants, et les acquêts seulement quand le mariage était fécond. C'est donc à la femme qui a des enfants qu'il faut rapporter les dispositions du titre IX de la loi.

d'une loi barbare, dit le savant M. Gaupp [1], c'est qu'elles contiennent en germe les deux législations qui se sont partagé l'Allemagne durant le moyen âge.

Le régime adopté par la loi des Ostphaliens est celui que le Miroir de Saxe a conservé ; et, au contraire, la part d'acquêts donnée par la loi westphalienne, c'est la communauté telle qu'elle règne encore aujourd'hui dans la Westphalie. Lübeck, qui a emprunté sa législation à la petite ville de Soest [2], est l'expression la plus parfaite du droit westphalien, comme Magdebourg est le modèle le plus achevé du droit des Ostphalii; et ces deux mères coutumes ont leur première origine dans la loi des Saxons [3].

Preuve évidente que la législation du moyen âge n'a été le résultat ni du hasard, ni de la violence, mais le développement naturel du germe nouveau qu'avaient apporté les barbares.

CHAPITRE VII.

Succession des époux.

Le tiers ou la moitié donné par les lois barbares était la part successive de la femme, lorsqu'elle venait en concurrence avec des enfants ou des pa-

[1] *Recht und Verfassung der alten Sachsen*, p. 184.

[2] Arnold Lubec. Chron. Slav., II, 35, dans les Script. rer Brunsw. de Leibnitz, t. II, p. 651.

[3] Gaupp, *Das Schlesische Landrecht*, p. 118 et ss.

rents du mari; mais quel était son droit quand le mari ne laissait pas d'héritiers? la préférait-on au fisc? Je ne vois aucune disposition à ce sujet dans les coutumes germaniques, hormis la loi bavaroise, dont le sens paraît douteux [1].

A l'époque féodale, le seigneur hérita, de préférence à la femme [2], plutôt par une suite de la souveraineté féodale, que par une conséquence des idées germaniques qui, ce me semble, ne demandaient pas cette exclusion.

Au douzième et au treizième siècle le régime de la communauté, devenu général dans les villes et les campagnes, amena comme conséquence naturelle la succession réciproque de la femme et du mari [3]. Le droit romain acheva ce triomphe dans les législations qui n'avaient point reçu une mesure aussi équitable. Chez nous, par exemple, ce fut la jurisprudence des arrêts qui, lorsque la coutume était muette, fit prévaloir la succession réciproque de la femme et du mari, dans le cas prévu par la clause de l'Édit (*Unde vir et uxor*) [4].

Cette succession réciproque subsista dans les lois wisigothiques restées fidèles à la douceur de la dernière législation romaine.

[1] Lex Bajuv., XIV, c. 9, § 4. Quod si maritus et mulier sine herede mortui fuerint, et nullus usque ad septimum gradum de propinquis et quibuscumque parentibus invenitur, tunc illas res fiscus adquirat.

[2] Bourbonnais, 328. Anjou, 268. Dumoulin sur Anjou.

[3] Pour l'Allemagne, *Voy.* Zœpfl, Das alte Bamberg. Recht, p. 187.

[4] Brodeau sur Louet, F. 22. Bacquet, Droit d'aubaine, 33, n° 8.

L. L. Wisig. IV, 2, l. 11. « *Maritus et uxor*
» *tunc sibi hereditario jure succedant*, *quando*
» *nulla affinitas usque ad septimum gradum de*
» *propinquis eorum vel parentibus inveniri po*-
» *terit*. »

Cette loi est un emprunt de la loi 9. C. Th. *de legit hæred.* (V, 1); et, peut-être, faut-il en dire autant de la loi des Bavarois que je viens de citer.

CHAPITRE VIII.

Du divorce.

Le divorce était une institution contraire aux lois chrétiennes, qui considéraient le mariage comme un sacrement, et un symbole de l'union perpétuelle de J.-C. et de son Église [1]. Saint Augustin, dans sa brûlante éloquence, déclarait coupable d'adultère l'époux divorcé qui se remariait [2]; et le huitième concile d'Afrique, adoptant les idées de ce saint Père, ne se contentait pas de frapper des peines canoniques cette infraction aux lois chrétiennes; il sollicitait une

[1] Saint Paul, ad Ephes., V, 21, 22.

[2] Lib. IV, Homil. 49. « Non vobis licet habere uxores, quarum priores mariti vivunt; nec vobis, feminæ, viros habere licet quorum priores uxores vivunt. *Adulterina sunt ista conjugia non jure fori, sed jure cœli.* Nec eam feminam quæ per repudium dicessit a marito, licet vobis ducere vivo marito. *Solius fornicationis causa licet uxorem adulteram dimittere, sed illa vivente non licet alteram ducere.* » Ce passage se retrouve dans le Décret de Burchard, lib. IX, ch. 15.

loi de l'empire qui mît fin à un pareil désordre[1].

En Orient, cette réforme fut faite par la cent-dix-septième Novelle de Justinien, mais d'une façon incomplète, car le divorce resta permis en un assez grand nombre de cas[2]. L'Église grecque se tint néanmoins à la loi de Justinien[3], et le divorce resta toléré, et par les lois civiles[4] et par les lois canoniques[5].

En Occident, la sévérité naturelle des mœurs germaniques facilita le triomphe de la doctrine évangélique. Dans les premiers siècles de la conquête, la répudiation est encore admise par la plupart des coutumes barbares, chez les Bourguignons, par exemple, ainsi que chez les Alemanni, les Bavarois, les Anglo-Saxons[6]; mais on voit chez le clergé, rédacteur ordinaire de ces lois, une tendance constante à favoriser les idées chrétiennes, et tout en tolérant le divorce, on tâche de le gêner par des peines pécuniaires.

La loi des Alemanni, par exemple, impose au mari une amende de quarante solidi, lui fait perdre le *Mundium*, et l'oblige de donner à la femme tout ce qui

[1] Conc. d'Afr. de l'an 407. « Placuit ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam, neque dimissus ab uxore, neque dimissa a marito alteri conjungatur, ita maneant aut sibimet reconcilientur; quod si contempserint ad pœnitentiam redigantur. *In quâ causâ legem imperialem petendum est promulgari.* »

[2] Nov. 117, c. 11, 12; Nov. 123, c. 40.

[3] Photii Nomocanon, tit. XIII, c. 4.

[4] Basilic., XXVIII, 7, l. 1.

[5] Balsamon, ad concil. in Trull (Bevereg., I, 259).

[6] L. Burg., XXXIV. L. Alam., addit. 29. L. Bajuv., VII, c. 14, § 1.

lui revient légalement, c'est-à-dire, et le douaire et les avantages que la coutume lui assure [1]. La loi des Bavarois, qui marche toujours avec celle des Alemanni, a une disposition semblable [2].

La loi des Bourguignons est curieuse, en ce qu'elle contient sous deux paragraphes qui se suivent, deux pénalités fort différentes; et qui certainement ne sont pas contemporaines [3]; la première disposition, toute germanique, permet au mari de répudier sa femme, en payant une amende de douze solidi, et en donnant à la femme deux fois le prix du *Mundium*; l'autre, toute romaine, et beaucoup plus sévère, ne laisse au mari qui veut divorcer sans motif, d'autre parti que d'abandonner la maison conjugale, en laissant sa femme et ses enfants seuls maîtres de ses biens. « *Nulli virorum liceat.... uxorem suam dimit-* » *tere; si maluerit, exeat de domo rebus omnibus* » *dimissis, et illa cum filiis suis, his quæ maritus* » *habuit, potiatur.* »

Je n'ai parlé jusqu'à présent que de la répudiation; c'est que les femmes n'avaient pas le droit de quitter arbitrairement leurs maris; le *Mundium* s'y opposait; et si elles essayaient de se soustraire à la puissance de l'époux, elles étaient punies de la peine des traîtres et des lâches; on les noyait dans la boue [4].

[1] Lex Alam., addit. 30.

[2] Lex Bajuv., c. 14, § 1. Si quis liber liberam uxorem suam sine aliquo vitio per invidiam dimiserit, cum 48 solidis componat parentibus. § 2. Mulieri autem dotem suam secundum genealogiam suam solvat legitime. Et quidquid illa de rebus parentum ibi adduxit, omnia reddantur mulieri illi.

[3] Pareille nuance dans la loi des Wisigoths. III, 6, l. 1 et 2.

[4] *In luto necetur*. L. Burg., XXXIV, § 3.

Il en était autrement dans les coutumes romaines qui n'ayant point reçu la législation justinienne, avaient conservé le divorce par consentement mutuel. Plusieurs formules [1] nous sont restées de cette séparation volontaire, parmi lesquelles je citerai celle que nous a conservée Mabillon, et qui se recommande au moins par l'originalité de sa rédaction.

Domino non dulcissimo, sed amarissimo et exsufflantissimo jocali meo illo, illa.

Dum non est incognitum, qualiter faciente inimico, et interdicente Deo ut insimul esse non potemus; proinde convenit nobis ante bonis hominibus, ut ad invicem nos relaxare deberemus. Quod ita et fecimus. Ubicumque jocalis meus mulierem ducere voluerit, licentiam habeat potestatem faciendi. Similiter et ille convenit, ut ubicumque ipsa femina superius nominata sibi marito accipere voluerit, licentiam habeat potestatem faciendi. Et si, etc.

Des lois barbares, je ne vois que celle des Alemanni qui permette le divorce volontaire, encore est-ce dans une addition postérieure à la loi (à juger par le style) [2]; et, peut-être, ne s'agit-il que de la séparation volontaire pour entrer dans la vie monastique, séparation qui fut longtemps admise par l'Église chrétienne [3].

L'Église ne se contenta pas des peines civiles introduites dans les coutumes barbares, et qui rendaient plus difficile le divorce volontaire, sans l'empêcher absolument; elle prononça l'excommunication

[1] Marculf., II, 30. Sirmond. form. 19.

[2] Addit. 29. Si voluntarie se partire volunt, tollant quod eam per legem obtingat. Lectaria partiant æquales.

[3] Hein., Antiq. germ., II, c. 14.

contre le mari qui, sans motif, répudiait sa femme [1].

Une telle peine, qui équivalait presque à la mort civile, devait forcément faire tomber la loi civile dans le domaine de la loi religieuse; et c'est ce qui, effectivement, arriva sous la seconde race de nos rois.

Quant au divorce, fondé sur un juste motif, les lois barbares se sont contentées de copier une constitution de Constantin [2]; le divorce est prononcé quand un des époux est convaincu d'adultère, de meurtre ou de magie. L'Édit de Théodoric, la loi des Bourguignons, le *Papianus*, les Capitulaires parlent comme le Code Théodosien [3]; si le divorce est prononcé contre le mari, la femme innocente profite immédiatement de ses avantages nuptiaux, la propriété réservée aux enfants communs; telle est du moins la disposition de l'édit.

L'Église qui, dès le premier jour de la conquête, tendit à faire considérer le mariage comme un sacrement, et à faire prévaloir la loi religieuse sur la loi civile, attaqua de front le divorce, et non-seulement elle ne l'admit plus qu'en cas d'adultère prouvé, mais, en outre, fidèle anx idées de saint

[1] Capit. VIII, 305. Hi vero seculares qui conjugale consortium absque culpa graviore dimittunt, vel etiam dimiserunt et nullas causas dissidii probabiliter proponentes, propterea sua matrimonia dimittunt, ut aut illicita, aut aliena præsumant, si antequam apud episcopos comprovinciales dissidii causas dixerint, et priusquam uxores judicio damnentur abjecerint, a communione Ecclesiæ, et sancto populi cultu, pro eo quod fidem maculant, excludantur.

[2] L. 1, C. Th., de Repud., III, 16.

[3] Edict. Theod., § 54. Lex Burg., XXXIV, c. 3. Papianus, tit. XXI. *Voy.* aussi Grimm. D. R. A., p. 453. Capit, ann. 753, c. 5 (Pertz. I, 22).

Augustin, qui contenaient la plus pure doctrine chrétienne, elle défendit à l'époux, même innocent, de se remarier tant que vivrait l'autre époux; en d'autres termes, elle substitua la séparation de corps au divorce.

Cette influence de l'Église est visible dans les Capitulaires [1], dans la loi des Wisigoths [2], dans les additions que Charlemagne fit à la loi lombarde [3], et il est impossible de nier que c'est à la sagesse et à la persévérance du clergé des Gaules qu'on doit cette législation si pure du mariage qui, encore aujourd'hui, fait la gloire et la supériorité des unions catholiques [4].

Capit. VI, 87. Nullus conjugem propriam, nisi ut sanctum Evangelium docet, fornicationis causâ relinquat. Quod si quisque propriam expulerit conjugem legitimo sibi matrimonio conjunctam, si christianus esse recte voluerit, nulli alteri copuletur, sed aut ita permaneat, aut propriæ reconcilietur conjugi.

Cap. 235. Placuit ut fornicationis causa non sit uxor secundum domini sententiam dimittenda, sed potius sustinenda. Et quod hi qui fornicationis causa dimissis uxoribus suis alias ducunt, Domini sententia adulteri esse notantur [5].

Quelle que soit l'idée qu'on se forme sur la convenance ou la nécessité du divorce, il y a, il faut le reconnaître, une bien touchante idée dans ce capi-

[1] Pipini, Capit. an. 744, c. 9; an. 753, c. 9. Capit. de Verber., (Pertz. I, p. 23 et ss.)

[2] L. L. Wisig. III, t. 2.

[3] L. Lang., II, 13, 46.

[4] *Voy.* aussi Concile de Fréjus de l'an 791, c. 10. Burchard. Decret., lib. IX, c. 64, 71.

[5] Hincmar. Opera, t. II, p. 660, et la lettre du pape Jean VIII à l'archev. Edred (Labbe, t. IX, p. 51).

tulaire qui, fidèle aux paroles de l'Apôtre, défend un second mariage, parce qu'il prévoit le pardon possible de l'autre époux, et qu'il veut, en quelque sorte, l'y amener par la solitude. « *Qu'il reste seul ou qu'il pardonne*, n'est-ce pas le langage de la charité chrétienne ?

Du reste, cette doctrine sévère, qui, en assurant la perpétuité du mariage, assurait la grandeur de la femme, et sa juste considération dans le ménage, cette doctrine pénétra difficilement dans les lois civiles ; et il fallut plusieurs siècles à l'Église pour faire triompher complétement ces nobles principes. Charles Martel répudia Gertrude pour épouser Alpaïde; après lui Charlemagne renvoya Berthe [1], sans que l'histoire nous ait conservé les motifs de cette répudiation ; Henri l'Oiseleur renvoya Hatburge [2], et après lui l'empereur Henri III divorça d'avec sa femme qu'il n'avait pu convaincre d'adultère [3]; mais c'est le dernier illustre exemple de cet arbitraire du mari [4]; le pape lutta énergiquement en faveur du droit de l'impératrice, quand l'empereur Henri IV voulut répudier sa femme [5]; suivant en ce point l'exemple du pape Nicolas, qui avait empêché Lothaire de répudier, sans justes motifs, la reine Thietberge [6].

[1] Aimonius, IV, 64.

[2] Ditmar., Chron. ap. Leibn., 1, 326.

[3] Guillaume de Malmesbury, II, 12.

[4] *Voy.* encore un curieux diplôme cité par Baluze, Append. ad Capit., t. II, p. 1558, et encore *ibid.*, p. 1551.

[5] Lambert Schaffnab., ad ann. 1062 et 1069.

[6] Burchardi, Decret., lib. IX, c. 49 et ss., nous a conservé la lettre du pape Nicolas.

Au douzième siècle, la victoire est complète[1], les lois de l'Église sont devenues la loi générale pour les questions du mariage. C'est au droit canonique, plus qu'à toute autre législation, que les femmes sont redevables du rôle élevé qui leur appartient aujourd'hui, nous ne devons pas l'oublier.

CHAPITRE IX.

Des secondes noces.

Les Germains, si l'on en croit Tacite, voyaient d'un œil peu favorable les seconds mariages[2].

Plus sages encore sont les cités où les seules vierges trouvent un mari, et où l'espoir et le désir d'être épouse s'épuisent en une seule fois. La femme n'a jamais qu'un époux, comme elle n'a qu'un corps et qu'une âme. Sa pensée ni sa passion ne peuvent rien rêver au delà de cette première union, et ce qu'il lui faut aimer dans l'époux qu'on lui a choisi, c'est moins le mari que le mariage.

Chez les Hérules[3] et les Scandinaves[4], ce respect d'une première union était poussé si loin, que les veuves, comme aujourd'hui les femmes indiennes, se laissaient brûler ou ensevelir avec la dépouille mortelle de leurs maris.

Les lois barbares se contentent, en général, de pu-

[1] Hein. Elem. jur. Germ., § 330.
[2] Tacit., Germ., c. 19.
[3] Procope, Guerre Goth., II, 140.
[4] Grimm, D. R. A., p. 451.

nir la femme qui se remarie par la perte des gains nuptiaux. La loi des Bavarois, celle des Alemanni, celle des Wisigoths ont des dispositions de cette espèce[1], dispositions qui, du reste, semblent une imitation du Code Théodosien[2]. Cet emprunt fait à la loi romaine est plus visible encore dans la loi des Bourguignons, dont le titre vingt-quatre, copié du Papianus[3], est calqué sur une loi de Théodose[4].

Les lois que je viens d'énumérer sont toutes romaines dans leur esprit, et l'on ne peut affirmer que la défaveur des secondes noces fut réellement dans le génie barbare. Il est difficile également de rien conclure de la loi Salique, quoiqu'elle nous ait conservé la coutume germanique dans sa naïveté primitive. Cette procédure du second mariage est, du reste, trop curieuse, et caractérise trop bien les mœurs de l'époque, pour que je ne la mette pas sous les yeux du lecteur.

Loi Salique, tit. XLVI. *Du Reipus* « § 1. S'il arrive qu'un homme laisse en mourant une veuve, et que quelqu'un veuille épouser cette veuve, le centenier (*Tunginus aut Centenarius*) indiquera un jour de plaid (*mallum*). Dans le mail il doit y avoir un écu (*scutum*); et trois hommes doivent plaider trois procès;

[1] Lex Rip., XIV, c. 7, § 1. Lex Alem., tit. 54, 55. Lex Wisig., IV, 2, 14.

[2] L. uniq., C. Th., Si sec. nup., III, 9. Savigny, R. G., II, 88.

[3] Papian., t. 19. Ad secundas nuptias... transeuntes, donationem prioris maritè usufructus jure possidere (licet), et a marito eis dimissa posse proficere, secundum const. imp. Honorii et Theodosii ad Johannem præfectum prætorio datam.

[4] L. 2, l. 3, C. Th., de Sec. nupt., III., 8.

puis alors celui qui veut épouser la veuve se présentera avec trois témoins ou garants, et en outre, avec trois solidi et un denier de bon poids. Cela fait, qu'il reçoive la veuve.

» § 2. Si cette formalité n'a pas été remplie, qu'on le condamne à payer MMD den., ce qui fait LXII solidi.

» § 3. Que si, au contraire, on exécute fidèlement la loi, et que celui à qui on doit le Reipus ait accepté les trois solidi, alors que le mariage soit légitimement contracté [1].

» § 4. Voyons maintenant à qui est dû le Reipus :

» § 5. S'il y a des neveux, fils de la sœur, que l'aîné de ces neveux reçoive le Reipus.

» § 6. S'il n'y a point de neveu, qu'on donne le Reipus au fils aîné de la nièce.

» § 7. A défaut du fils de la nièce, il est dû au fils de la cousine maternelle.

» § 8. A défaut du fils de la cousine, à l'oncle, frère de la mère.

» § 9. A défaut d'oncle maternel, au frère du premier mari, pourvu toutefois que ce frère n'hérite pas du défunt.

» § 10. A défaut de frère du mari, que le plus proche dans la ligne, reçoive le Reipus, pourvu toutefois qu'il ne soit point héritier du défunt.

» § 11. Passé le sixième degré, le Reipus ou l'amende appartiennent au fisc. »

Voici une succession toute nouvelle, et qui n'a point d'analogue dans les autres coutumes barbares. La loi Ripuaire, calquée sur la loi Salique, n'a aucune disposition de cette espèce. Le Reipus, dont le prix est le double du prix payé pour le Mundium d'une vierge, appartient, non pas aux héritiers les plus proches de la femme, mais aux parents mâles les plus proches par les femmes, par exemple au fils de la sœur, au frère de la mère, au cousin maternel.

Qu'est-ce donc que le Reipus? et pourquoi la per-

[1] *Tunc legitime eam accipiat.*

sonne qui le reçoit est-elle toujours choisie parmi les plus proches parents par les femmes? c'est ce qu'on n'a pu expliquer jusqu'à ce jour, faute de documents suffisants.

La procédure du Reipus dura, plus longtemps qu'on n'a pensé communément; une formule du onzième siècle, publiée par Canciani, nous montre cette cérémonie subsistant dans la haute Italie, pays où se maintinrent longtemps les usages saliques mêlés aux usages lombards. Comme cette formule jette un jour assez vif sur la nature du Reipus, je la traduis malgré sa longueur [1] :

Comment on épouse une veuve vivant suivant la loi Salique [2]?

« C'est devant le comte ou l'envoyé tenant l'audience avec sept juges, et le dizenier (*Tunginus*), ou le centenier, publiant le ban du plaid, qu'on fiance la veuve salique dans la forme et dans l'ordre qui suivent :

» Neuf hommes sont présents, dont trois sont demandeurs, trois défendeurs, et trois témoins de toute l'affaire, et garants de la valeur des trois solidi et du denier de bon poids [3]. Les demandeurs intentent leurs trois actions, desquelles deux doivent être de celles qui se terminent toujours par le serment, comme sont les actions d'arrestation violente (*antestestura*) [4] et de conseil de meurtre (guet-apens). La troisième doit être de celles qui se décident par le duel (le demandeur ayant tout prêts l'écu et le bâton), comme sont les actions de vol dont le chiffre dépasse six solidi, ou de dépôt montant à plus de XX solidi. Une fois les ac-

[1] Canciani, II, 476.

[2] *Nam de puella fit ut de celeris*, dit une glose que Canciani a fondue dans le texte.

[3] *Tres ut testes hujus omnis rei, et solid. III et unius denarii æque pensantium.*

[4] Rotharis, 127.

tions intentées, et les cautions fournies par les défendeurs, les demandeurs rendent les bâtons à leurs adversaires [1].

» Alors, et après que le futur époux a donné au *Reparius* le *pretium* sus énoncé, on demande à la femme si elle accepte l'époux présenté; et quand elle a dit : oui, on demande au père du futur époux s'il consent au mariage de son fils.

» Puis alors l'orateur commence : Sachez, *Quirites*, qu'avec l'aide de Dieu, Fabius vient ici pour fiancer en votre présence et en celle de Sénèque le *Reparius*, Sempronia, femme de race franque, veuve de Thersite, et fille de Cicéron.

» Après que Fabius a confirmé le dire de l'orateur, et que Sénèque a consenti aux fiançailles, l'orateur demande à Fabius quelle est sa loi; et si ce dernier répond : la loi Salique : l'orateur dit alors : O Fabius, donne caution à Sénèque que tu assureras par écrit et suivant ta loi, à Sempronia qui vit sous le mundium de Sénèque (*quæ defensione Senecæ regitur*), le tiers de tout ce que tu possèdes ou posséderas en meubles, immeubles et serfs (*familia*), et si tu ne le fais pas, tu composeras de dix livres d'or.

» Après la caution donnée, Sénèque tend un glaive et une chlamyde, et l'orateur dit : Par ce glaive et cette chlamyde, accorde à Fabius, Sempronia, ta pupille (*tua reparia*), qui est de race franque. Quand Sénèque a consenti, l'orateur dit à Fabius, qui reçoit le glaive et la chlamyde : Et toi, Fabius, par ce glaive et cette chlamyde, recommande Sempronia à Sénèque, jusqu'à ce qu'il y ait convention réalisée entre vous deux.

» Alors Sénèque assurera par caution qu'il donnera Sempronia en légitime mariage à Fabius, et qu'il remettra sous le *Mundium* marital, elle, ses meubles, ses immeubles, ses esclaves (*familia*) et tout ce qui lui appartient de droit. Fabius, de son côté, donnera caution d'accepter Sempronia pour épouse. Et celui des deux qui manquera à sa parole, composera de X livres d'or.

» Enfin Fabius donnera un anneau à Sempronia (*eam suberret annulo*) pour arrhes du mariage, puis il lui remettra l'acte de donation et de douaire [2]. On le lira, et Sénèque donnera Sempronia pour épouse à Fabius.

» Cela fait [3], que Fabius donne à Sénèque pour prix du mun-

[1] *Actores baculos vadimonii reis restituunt.*

[2] *Donationis et Dotis.*

[3] Canciani a coupé la formule en deux, et il intitule cette se-

dium un manteau (*crosnam*) valant XX solidi ; et que l'orateur dise : O Sénèque, par ce manteau remets sous le mundium marital Sempronia avec ses meubles, ses immeubles, ses esclaves et tout ce qui, de droit, lui appartient, et de ce mundium et de ce manteau, livre la propriété à Fabius.

» Cela fait, Fabius et son épouse Sempronia donneront à Sénèque le Lonechild [1]. »

Ce chapitre est déjà bien long; je ne puis cependant terminer sans donner encore un des plus curieux monuments de l'époque; c'est un capitulaire de Clovis, retrouvé par M. Pertz, et qui nous donne des détails nouveaux sur le second mariage de la veuve [2]. Le droit de la famille paraît dans toute son énergie; la veuve est obligée de composer avec les parents du premier mari, et de leur abandonner une part de sa dot, le lit nuptial; il y a dans cette dernière coutume je ne sais quoi de chaste et de naïf qui rappelle les plus beaux usages de l'antiquité.

Si quæ mulier vidua, post mortem mariti sui, ad alterum mari*tum* se dare voluerit, Reipus secundum legem donet; et postea mulier, si de anteriore marito filios habet, parentes infan*tum* suorum consiliare debet, et si in do*tem* 25 solidos accepit, 3 solidos achasium [3] parentibus, qui proximiores sunt marito defuncto donet; hoc est, si pater aut mater desunt. frater defuncti aut certe nepos fratris senioris fili*us* (sint) ipsis achasius debetur.

conde formule *De Mundio* (quelque glose qui a passé dans le texte) sans s'apercevoir que c'est la fin de la formule qui précède.

[1] *Lonechild*, *Launechild*. C'est en quelque façon le prix de la donation. Rotharis, l. 175. Aistulphi, l. 3. Murator., Antiq. Ital., V, p. 750. Lupi., Cod. dipl., I, p. 685. Je ne vois ce Launechild que chez les Lombards.

[2] Pertz., II, p. 3.

[3] Ce mot ressemble à notre mot *achat*. L'*achasius* n'est-il pas en effet le *rachat* du mundium?

Et si isti non fuerint, tunc in mallo judicii, hoc est comiti aut grafioni, roget de ea ut in verbum regis mittat, aut achasium quem parentibus mariti defuncti dare debuerat parti fisci adquirat. Si vero 63 solidos in dotem accepit, sol. 6 in achasium dentur, hoc est S. per decenos, sol. singuli in achasium debentur; sic tamen ut dotem quam anterior maritus dedit, filii sui post obitum matris, sine ullo consortio sibi vindicent ac defendant. De qua dote mater nec vendere nec donare præsumat.

Certe si mulier de anteriore marito filios non habuerit, et cum dote sua ad alias nuptias ambulare voluerit, sicut superius diximus, achasium donet. Et sic postea scamno cooperiat et lecto cum lectaria ornet, et ante novem testes parentibus defuncti mariti invitat, et dicat : Omnes testes sitis, quia et achasium dedi ut pacem habeam parentum, et lectum stratum et lectaria condigna et scamno cooperta et cathedras quæ de casa patris mei exhibui, hic dimitto. Et hoc (facto), liceat cum duas partes dotis sui alio se dare marito. Si vero istud non fecerit, duas partes dotis perdat, et insuper fisco solidos 63 culpabilis judicetur.

Ce passage peut nous aider à deviner ce qu'était le Reipus. Il est remarquable que la femme doit donner aux parents du premier mari, trois solidi, le prix du Reipus payé par le second époux, et qu'à défaut de s'exécuter, elle paye soixante-trois sols d'amende, ce qui est à peu près l'amende encourue au cas où le Reipus n'est point payé. Il est donc probable que le Reipus profitait à la femme et non au *Reparius*. Vraisemblablement ce dernier n'était qu'un simple dépositaire, un parent, chargé de recevoir du second mari l'indemnité à payer aux parents du premier époux. C'est ce qui explique pourquoi on le choisissait parmi les parents par les femmes; on ne voulait pas qu'il eût d'intérêt dans la fortune de la veuve; autrement il eût pu prétendre au *Mundium*, et contester aux parents du défunt

la composition que la loi leur donne comme indemnité de la puissance qu'ils abdiquent. Tout ceci, bien entendu, ne sont que des conjectures; car les diplômes nous manquent, qui pourraient éclaircir les obscurités de la loi.

CHAPITRE X.

De la mère.

En traitant de la succession allodiale[1], j'ai déjà parlé des droits de la mère dans la succession des enfants. On a vu que les trois lois les plus rigoureuses et les plus franchement germaniques, celle des Saliens, des Ripuaires et des Thuringes, excluaient la mère de la succession de l'Alleu; mais elle n'était frappée d'incapacité que pour la succession aux propres, et la loi Salique elle-même l'appelait à succéder dans les autres biens du fils, en concurrence avec le père[2].

Dans cette succession des meubles et des acquêts, la loi préfère la mère aux frères et sœurs du défunt[3]; en ce point elle s'éloigne des idées romaines. Cette préférence de la mère s'est conservée dans les coutumes du moyen âge toutes les fois que la loi de la tenure n'a pas fait violence au vieil esprit germa-

[1] *Sup.*, p. 90 et ss.

[2] Lex Salic., LXII. § 1. Si quis mortuus fuerit, et filios non dimiserit, si pater aut mater superstites fuerint, in ipsam hereditatem succedant. Lex Ripuar., LVI, § 1.

[3] Lex Salic., LXII, § 2.

nique [1]. Le partage, tel que l'ont établi les codes modernes, semble cependant plus équitable et plus conforme à ce dernier désir du défunt que la loi suppose toujours quand elle détermine l'ordre de la succession.

Les autres coutumes qui appellent la mère à la succession même allodiale, la préfèrent également aux collatéraux. Ainsi, la loi des Bourguignons lui donne toute la succession du fils, mais en usufruit seulement. Plus tard, par une espèce de cantonnement, on donne à la mère la moitié en toute propriété; l'autre moitié fait retour aux parents paternels [2].

Quant à cette tutelle sur les enfants que donnent à la mère, restée veuve, son affection, ses soins, le respect dû à tant de bontés et de souffrances, les Germains l'admettaient telle à peu près que les codes modernes; et, ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'ils l'admettaient dans les coutumes les moins favorables aux femmes, telles que la loi Salique [3], et dans les pays mêmes où la mère ne peut rien faire sans un tuteur qui l'assiste, et où ce tuteur de la veuve est le fils [4].

La tutelle de la mère est reconnue par les lois des Bavarois [5], des Bourguignons [6], et même des Wisi-

[1] Sachsenspiegel, I, 16. Schwabenspiegel, § 260.

[2] Lex Burg., tit. LIII.

[3] L. Sal., tit. LXX, § 1. Hein., Ant. germ., t. III, p. 29.

[4] L. Saxon., tit. VI et tit. VII, § 2.

[5] Lex Bajuv., tit. VII, c. 14.

[6] Lex Burg., tit. LIX. Nepos amisso patre cum rebus omnibus ad avi ordinationem vel sollicitudinem conferatur, ea tamen ratione si mater ejus secundas nuptias crediderit eligendas. Cæterum si nubere, electa castitate, distulerit, filii cum omni facultate in ejus solatio et potestate consistant.

goths[1] restées fidèles, en ce point, à l'esprit germanique. On la retrouve dans les formules[2] comme dans les coutumes du moyen âge[3]; et par exemple rien de plus fameux dans notre histoire que la régence des reines tutrices; cependant la loi de la couronne excluait absolument les femmes de la succession.

Cette faveur des mères est un des points les plus remarquables dans les lois germaniques, un des côtés par lesquels elles se détachent et se distinguent le plus avantageusement des lois romaines. La puissance de la mère sur les enfants n'a rien de commun, il est vrai, ni avec la *Patria potestas* des Romains, ni même avec le *Mundium* que les lois germaniques donnent au père; ce n'est guère que le privilége de continuer, après le veuvage, les soins donnés pendant l'union; mais au moins ce privilége est consacré par la loi, et nul agnat n'a de droit de préférence sur l'éducation et la fortune des enfants.

Le second mariage de la mère lui faisait perdre la tutelle; c'était la juste conséquence de la position nouvelle qu'elle acceptait. En puissance du mari elle s'abdiquait elle-même en quelque façon; et lui conserver la tutelle, c'était donner au second époux une puissance qui ne pouvait lui appartenir sur des enfants qui n'étaient pas les siens.

A mesure que la puissance maritale s'est adoucie,

[1] Lex Wisig., IV, 2, l. 13. Patre mortuo, filii in matris potestate consistant.

[2] Lindenbrog, form. 75 et suiv.

[3] Hein., Antiq. germ., t. III, p. 291. Eichhorn, R. G., § 55.

cette exclusion rigoureuse a été mitigée par les lois, et notre code, par exemple, a pris un sage milieu en conservant la tutelle à la mère remariée, quand le conseil de famille l'y autorise. Mais c'est un reste de l'ancienne sévérité germanique, et de l'énergie du *Mundium* marital, qui fait perdre à la mère la jouissance légale du bien des enfants. La puissance du mari sur le bien commun et sur les revenus est encore si grande aujourd'hui, qu'évidemment c'est le second époux, c'est-à-dire un étranger, qui profiterait de la fortune du mineur, et qui l'appliquerait peut-être aux besoins d'une nouvelle famille. Le motif qui a décidé le législateur barbare subsiste encore aujourd'hui [1].

SECTION TROISIÈME.

De la capacité civile et politique des femmes, chez les Germains.

CHAPITRE PREMIER.

Du Wehrgeld des femmes.

« Les Germains. dit Tacite, ont un grand respect » pour les femmes, ils croient même qu'il est dans » le sexe quelque chose de sacré et de prophétique ;

[1] *Sup.*, p. 167, n°s 5 et 6.

» ils ne dédaignent point leurs conseils et ajoutent
» foi à leurs prédictions [1]. »

Il est curieux de voir dans le taux du wehrgeld l'importance que reconnaissent aux femmes les diverses nations barbares.

La loi des Alemanni fixe le wehrgeld de la femme au double du wehrgeld de l'homme, moins, peut-être, par considération pour les femmes, que par nécessité de protéger d'une pénalité double la faiblesse d'un sexe qui ne saurait se défendre [2]. La loi des Bavarois marche comme toujours avec la loi des Alemanni.

III, c. 13, § 2. De feminis vero..... omnia dupliciter componantur. *Et quia femina cum armis se defendere nequiverit, duplicem compositionem accipiat.*

§ 3. Si autem pugnare voluerit per audaciam cordis sui, sicut vir, non erit duplex compositio ejus, sed sicut fratres ejus, ita et ipsa recipiat.

La loi des Saxons estime le wehrgeld de la vierge au double du wehrgeld de la femme mariée [3]; la main du clergé est visible dans cette disposition. Les lois franques. les plus franchement germaniques, raisonnent d'une façon toute contraire : le wehrgeld d'une vierge est le même que celui d'un Franc, deux cents solidi [4], mais il est de sept cents solidi [5] pour une femme grosse, et de six cents solidi pour

[1] Tacit., Germ., c. 8.
[2] Lex Alem., 49, 67, 68, § 3, 91. Addit., c. 22.
[3] Lex Sax., II, 12.
[4] Lex Salic., XXVIII, 9. Pertz., t. II, p. 7. Lex Rip., XIII.
[5] Lex Salic., XXVIII, 2.

une femme mariée qui peut encore être mère[1], tandis que le wehrgeld de la femme qui ne peut plus concevoir retombe à deux cents solidi. La loi des Thuringes parle comme les deux autres lois franques[2].

La loi des Wisigoths, où triomphent déjà des doctrines toutes-puissantes au moyen âge, fixe le wehrgeld de la femme à un chiffre moins élevé que celui de l'homme; et elle entre à cet égard dans des détails qu'on ne sera pas fâché de connaître, ne fût-ce que pour savoir comment les barbares calculaient les chances de la vie[3].

AGE.	WEHRGELD.	
	DES HOMMES.	DES FEMMES.
Enfant d'un an.	60 solidi.	30 solidi.
De 2 à 3.	70 *id.*	35 *id.*
De 4 à 6.	80 *id.*	40 *id.*
De 7 à 9.	90 *id.*	45 *id.*
De 10.	100 *id.*	50 *id.*
De 11.	110 *id.*	55 *id.*
De 12.	120 *id.*	60 *id.*
De 13.	130 *id.*	65 *id.*
De 14.	140 *id.*	70 *id.*
De 15.	150 *id.*	250 { De 15 à 40 ans.
De 20 à 50.	300 *id.*	»
De 50 à 65.	200 *id.*	200 { De 40 à 60 ans.
Passé 65 ans.	100 *id.*	100 { Passé 60 ans.

[1] Lex Salic., XXVIII, 8. L. Rip., XII.
[2] Lex Thuring., X, 3, 4.
[3] Lex Wisig., VIII, 4, 16.

Ainsi, de un an à quatorze, le wehrgeld des femmes n'est que moitié de celui des hommes; de quinze à vingt ans, époque ordinaire du mariage, il est supérieur de deux cinquièmes; de vingt à quarante, il n'est inférieur que d'un cinquième; de quarante à cinquante ans, d'un tiers; de cinquante à soixante, les deux wehrgeld sont égaux; de soixante à soixante-cinq, le wehrgeld de l'homme est moitié plus élevé; passé soixante-cinq ans, les deux chiffres redeviennent les mêmes.

Dans le droit lombard, le wehrgeld de la femme est d'un tiers plus élevé que celui de l'homme[1]; mais dans un cas spécial, celui où l'on arrête une femme sur le grand chemin, la loi prenant en main la défense de la pudeur en danger, punit cette violence par une amende de neuf cents solidi; quarante-cinq fois le wehrgeld de l'homme arrêté sur la route[2].

Dans les coutumes du moyen âge, qui ont conservé le wehrgeld, la femme n'a plus que la moitié de la composition payée pour le meurtre de l'homme[3]. M. Gaupp attribue cette infériorité aux influences bibliques[4] et avec raison; les lois chrétiennes, qui ont beaucoup fait pour les femmes, ne les ont cependant jamais admises avec les hommes sur le pied d'égalité.

[1] Rotharis, l. 13, 14, 19, 198, 200, 208.

[2] Rothar., l. 26, 27,

[3] Sachsenspiegel, III, 45, § 2. Jeclich Wib hat ires Mannes halbe Buze und Weregelt. Jeclich Magt, und ungemannet Wib hat halbe Buze nach dem als sie geborn ist. Schwabenspiegel (edit. Senck), 402, § 6.

[4] Gesetze und Verfass. der Sachs., p. 108.

« *Adam per Evam deceptus est*, dit saint Am-
» broise, *non Eva per Adam. Quem vocavit ad*
» *culpam mulier, justum est ut eum gubernato-*
» *rem assumat, ne iterum feminea facilitate la-*
» *batur.* »

Ces paroles du saint (adoptées dans le décret[1]) sont le résumé d'une doctrine constamment régnante au moyen âge, et je pourrais accumuler sans fin les citations, si je ne craignais de tourner à la satire.

CHAPITRE II.

De la capacité civile.

Si le lecteur a suivi nos idées sur le fondement de la capacité civile, il doit comprendre que, dans ces premiers temps, elle dut être nulle, comme autrefois chez les premiers Romains. La capacité des femmes suppose, en effet, le relâchement ou même l'absence du lien politique de la famille. Il faut, pour que les femmes aient une personnalité bien reconnue, qu'il y ait un état fortement organisé, et que la famille ne soit pas elle-même un gouvernement.

Il n'en fut pas ainsi chez les peuples de la conquête, et il est impossible qu'en ces premiers temps, la femme ait eu des droits civils quelque peu étendus. Où se fût exercée cette capacité? dans la famille? mais pour être membre actif, il fallait un bras qui

[1] Decreti., II, q. 23, c. 17 (ed. Pith., p. 428).

tint l'épée. Dans l'assemblée du canton ? mais toute contestation pouvait se terminer par un duel ; et la première condition pour figurer dans la réunion, c'était d'être soldat ; cependant c'était dans cette assemblée que se célébraient les actes civils les plus importants. Forcément donc, la capacité civile des femmes fut des plus restreintes, hormis dans les pays restés fidèles à la loi romaine, tels que l'Italie, l'Espagne [1] et le midi de la France.

Dans les pays où régnèrent les coutumes germaniques, la condition des femmes eut quelque analogie avec la condition des premières Romaines ; néanmoins, il y eut une différence profonde, différence qui tient à la base même sur laquelle, dans chacune de ces législations, la famille était assise.

Chez les Romains, où le chef est tout, la femme n'a point de personnalité ; ce n'est guère plus qu'une chose, ou, si l'on veut, la première des esclaves. Chez les Germains, où le chef n'est qu'un protecteur, la femme est une pupille ; sa personne n'est point dépendante comme chez les Romains, elle est *sui juris*, mais elle a besoin d'un tuteur (*mundualdus*) qui la défende et qui le représente dans ses intérêts, en certains actes qui se passent dans l'assemblée du canton d'où la femme est exclue.

La tutelle des femmes se rencontre plus ou moins sévère dans toutes les coutumes germaniques [2], mais

[1] L. L. Wisig., II, 3, c. 6. Cujas, Comm. ad II. F. 2.

[2] L. Sax., tit. VII. L. Frision., tit. IX, § 3, 4. L. Alem., tit. LIV, § 2, 3. Murat. Diss., XX, t. X, p. 135. Pour les lois franques, *Voy.* Hein., Antiq. germ., t. III., p. 438.

c'est surtout chez les Lombards que cette institution a pris sa forme la plus décidée, et je dirais presque la plus romaine.

Toute femme vivant sous la loi lombarde doit avoir un tuteur (*mundualdus*). La femme a pour tuteur son mari; la fille, son père; la sœur, son frère; la veuve, les parents de son mari, à moins qu'elle ne se rachète de cette tutelle étrangère, en abandonnant la moitié de la *Metha* qu'elle a reçue en se mariant[1].

A défaut de père, de frère ou de fils, c'est l'agnat le plus proche qui prend la tutelle; à défaut d'agnats, c'est la cour du roi. Cette idée, qui n'est pas particulière à la loi lombarde, a régné, en Europe, pendant tout le moyen âge[2] et subsiste encore aujourd'hui en Angleterre. Le roi était le gardien naturel des femmes sans parents, des veuves sans tuteur, et des orphelins[3].

Ce qu'il y a de remarquable dans ce droit rigoureux de la tutelle lombarde, c'est le rôle qu'y joue la

[1] Rotharis, 183. Si quis pro muliere libera, aut puella, mundium dederit, et ei tradita fuerit ad uxorem, posteaque mortuus maritus fuerit, et contigerit ut ipsa mulier ad alium maritum debeat ambulare, aut ad parentes reverti, aut ad curtem regis, tunc heres mariti prioris accipiat medium de metha sicut supra constitutum est, et ipsa per manum simili modo retradatur, sicut priori marita tradita fuerit. Nam aliter sine traditione nullam rerum dicimus subsistere firmitatem. *Ibid.* Roth., l. 199.

[2] Bouteiller, Somme rurale, liv. II, ch. 1.

[3] Roth., l. 205. Nulli mulieri liberæ sub regni nostri ditione, lege Longobardorum viventi, liceat in suæ potestatis arbitrio *Selbmundiæ* (id est sine mundio) vivere, nisi semper sub potestate viri, aut potestate curtis regiæ debeat permanere. Nec aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus sine voluntate ipsius in cujus mundio fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi. *V.* aussi le décret de Clotaire (Pertz., Leges, I, 2).

puissance fraternelle, puissance qui se retrouve indiquée, mais à un degré infiniment moindre, dans la loi des Wisigoths [1], et que nous retrouverons dans nos lois féodales, fidèles gardiennes de l'esprit germanique. Le frère continue la personne du père; c'est lui qui marie ses sœurs à son gré, sans les consulter, en un mot, comme eût fait le père. S'il dote ses sœurs, elles ne peuvent plus revenir à la succession paternelle; mais, par une conséquence fort curieuse, les sœurs qui sont devant leurs frères dans la position d'une fille, viennent à la succession de ce frère comme ferait la fille même, et partagent également avec leurs nièces. Ce droit est singulier, et je ne crois pas l'avoir rencontré dans aucune autre législation [2].

C'est surtout à l'égard du mariage que la tutelle germanique paraît rigoureuse; on pourrait dire qu'elle était plus sévère pour la personne que pour les biens, car elle n'empêchait pas la femme de disposer de tout ou partie de sa fortune, comme faisait la tutelle romaine, tandis qu'elle était plus dure, peut-être, que cette dernière pour ce qui concernait le mariage.

Loi des Thuringes, X, § 3. « *Si libera femina* » *sine voluntate patris aut tutoris cuilibet nupse-* » *rit, perdat omnem substantiam quam habuit,* » *vel habere debuit.* »

La loi bourguignonne n'est aussi sévère que pour

[1] L. L. Wisig., 1, l. 8 et 9.

[2] Roth., l. 160. Si quis Longobardus filias et sorores in capillo (non mariées) in casa reliquerit, pariter atque æqualiter quantæcumque fuerint in hereditatem ejus ei succedant, tanquam si filios dereliquisset legitimos.

la femme romaine; si la femme, mariée sans le consentement du tuteur, est germaine, le mari en est quitte pour un triple *Mundium* [1]. La loi des Saxons a une disposition semblable; mais il semble que, quand il s'agissait de la veuve, elle mettait moins de rigueur [2].

Les lois franques ne parlent point de la tutelle; mais les diplômes ne laissent aucun doute à cet égard, et, dans la collection de Lacomblet, les *advocati* figurent à chaque page.

Que cette tutelle franque se maintînt assez longtemps, au moins pour ce qui concerne la comparution en justice, c'est ce que prouvent, et la plupart de nos coutumes, et une constitution de l'empereur Frédéric II, expliquant une des lois que les Normands avaient apportées en Sicile [3].

Dans le Miroir de Saxe, la tutelle des femmes a encore sa physionomie primitive; la veuve tombe sous la puissance des agnats de sa ligne [4]; mais cette puissance est bien énervée, et ce n'est guère plus

[1] L. Burg., XII, 2.

[2] Lex VII, 3: Qui viduam ducere velit, offerat tutori pretium emptionis ejus, consentientibus ad hoc propinquis ejus.

§ 4. Si tutor abnuerit, convertat se ad proximos ejus, et eorum consensu accipiat illam, paratam habens pecuniam, ut tutori ejus, si forte aliquid dicere volet, dare possit, hoc est solidos 300.

[3] Constitut. Sicil., II, tit. 38. Obscuritatem legis. D. Regis Rogerii avi nostri, de restituendis mulieribus editam declarantes, mulieres Longobardo, seu Francorum, jure viventes, in judiciis tantum restituendas esse sancimus, quum per negligentiam vel fraudem mundualdorum seu procuratorum suorum enormiter læsæ probantur.

[4] Sachsensp., 1, 45, §. Al ne si en Man sime Wive nicht evenburdich, he is doch ir Vormünde. Svenne he aver stirft, so is se

que le droit d'assister la veuve en justice. Plus tard, on voit la veuve conquérir le droit de se choisir elle-même cet *advocatus* parmi ses plus proches parents. *Eligat sibi defensorem quem vult et quamdiu vult*, dit une ancienne coutume d'Allemagne [1].

Dans les premières coutumes municipales de France, d'Espagne, de Flandre (j'excepte l'Italie où l'esprit de noblesse conserva dans les cités plus d'un usage féodal), les femmes ont une grande indépendance, plus grande même que dans les siècles qui suivirent. Le droit romain porta le dernier coup à ce qui restait encore d'ancienne sévérité germanique. En Allemagne, néanmoins, la tutelle des femmes s'est conservée jusque dans ces derniers temps dans quelques villes de la Souabe, en Saxe, en Holstein, en Silésie, en Wurtemberg, en Bade [2]; mais de toutes parts on a réclamé contre une institution en désaccord avec nos mœurs, et qui, d'ailleurs enervée et transformée par la jurisprudence, n'est plus aujourd'hui qu'une gêne inutile dans la législation.

ledich von sime Rechte, unde behalt Recht na irer Bord; dar umme mut ir Vormunde sin ir nester evenbürdige Swert mach, unde nicht ires Mannes.

[1] Altes Schlesis. recht, §. 6.

[2] Mittermaier, Grundsætz., 380.

CHAPITRE III.

De la capacité civique.

Quant à ce que je nomme la *capacité civique*, il va de soi qu'elle ne pouvait exister dans une société militairement organisée, comme était la société barbare. Les femmes ne pouvaient être ni *conjuratores*, ni témoins, car témoigner, le plus souvent c'était combattre. C'était le mari, le père ou le tuteur qui prêtaient serment, ou qui se battaient, pour la femme soumise au mundium [1].

Rotharis, l. 203. « Si mulier in morte mariti sui consiliata fuerit per se aut per suppositam personam, sit in potestate mariti sui de ea facere quod voluerit, similiter et de rebus ipsius mulieris.
» Et si illa negaverit, liceat parentibus eam purgare, aut per sacramentum, aut per pugnam, id est per campionem. »

Le Miroir de Saxe a une disposition toute semblable, et réserve expressément la défense de la femme au parent par le glaive (schwertmach) [2].

La loi des Bourguignons se distingue des autres coutumes en permettant à l'épouse ou à la mère de

[1] Capit. addit. ad l. Alem., c. 21, 22. Roth., l. 179.

[2] An notnumfteger Klage, dar se nicht to Kampe ne gat, mut de Richtere wol Vormunden geven den Vrowen, unde in allen hanthaftegen Daden, dar se irs rechten Vormunden nicht ne hebbet to hant. *Gat aver de Klage to Kampe wart, so mut wol ir Vormunde sin en jewelk ir evenbürdige swertmach* Sachs., I, 43.

jurer pour l'époux ou pour le fils accusés [1]. Pareil usage s'était introduit dans la loi des Lombards, et Liutprand semble le tolérer, puisqu'il ne punit celui qui a fait jurer la femme, qu'autant qu'il a agi sans le consentement du *mundualdus* [2].

Quand la femme est accusée, elle se défend ou par l'épreuve du fer chaud, ou par l'eau; souvent aussi par champions; et même, quand elle en a le courage, elle prend elle-même les armes et combat comme un homme; mais en ce cas, par une disposition fort remarquable, la loi des Bavarois ne lui accorde qu'un simple wehrgeld, c'est-à-dire le wehrgeld des hommes, dont elle a la force et le cœur [3].

Qu'il y ait eu quelquefois de ces vaillantes héroïnes, c'est ce que prouvent et un passage du Miroir de Souabe, qui autorise formellement la femme à accepter le duel [4], et quelques souvenirs qui nous sont restés de ces singuliers faits d'armes [5]. Mais de pareils exemples sont des exceptions, et en général, tant que dura le duel judiciaire, le sort de la femme se décida par champions [6].

[1] L. Burg., tit. VIII, c. 1.

[2] Liutpr., VI, 39. Si quis mulierem aut puellam, aut religiosam feminam quæ in alterius mundio est, in sacramentum mittere præsumpserit, componat mundualdo ejus solidos 50, et in palatio regis similiter 50.

[3] Voy. *sup.*, ch. I, p. 170.

[4] Schwabenspiegel (edit. Schilt), c. 229. Und kumpt ez dazzu dass ein Kampff darumb ertailt wirt, will denn diu Frawe, so stelt si sich wol.

[5] Thomas, *de Ordinat. duelli*, a donné la description d'un Mss. de la bibliothèque de Wolfenbuttel, dans lequel se trouve la peinture d'un combat entre un homme et une femme.

[6] *Duello, libro de' re, imperatori*, etc., per il generoso Misser

CHAPITRE IV.

Capacité politique.

1° Succession des filles au trône.

Là où la capacité civile n'est point admise, il ne peut y avoir de capacité politique. Aussi je ne vois pas que chez les Francs, où les femmes étaient exclues de la succession allodiale, elles aient jamais élevé la moindre prétention au trône. Le roi germain commandait, il est vrai, non moins à raison de ses immenses domaines, qu'à raison des droits que les évêques lui attribuaient comme successeur des empereurs d'Occident; mais on était trop près des usages romains pour que l'idée de propriété absorbât celle de souveraineté. L'idée qu'une femme pouvait commander ne se développa que plus tard, et là seulement où le régime féodal, assis depuis longtemps, eut tellement confondu les deux notions de propriété et de souveraineté dans celle de fief, qu'elles furent inséparables, et que le domaine entraîna le commandement. Et d'ailleurs, dans ces

Paris de Puteo, dottore de legge. Venezia, 1540, liv. VI, ch. 15. Le docteur examine la question : *Se una donna può combattere personalmente* et se décide par la négative. Et secondo un libro antiquo de lo regno chiamato la Longoborda legge, se decide che la donna per campione può combattere con lo cavalliero, ma da persona a persona non, come che saria carico grande al vincitore de donna, e saria infamato tra cavalieri, et se perdesse peggio.

premiers temps, qu'était-ce qu'un roi germain, sinon un chef de bande qui devait être le plus entreprenant et le plus téméraire pour retenir autour de lui ces fidèles qui faisaient la force et l'ornement de sa cour sauvage? Une femme pouvait-elle jouer un rôle semblable?

Aussi n'est-il nullement question de la succession des femmes au trône dans les premiers siècles de la conquête; et, quoique souvent il y ait eu des filles de rois exclues du trône, on ne voit pas qu'elles aient jamais réclamé. Le droit n'était donc pas douteux.

Je ne parle point du cas où des filles eussent concouru avec leurs frères : il est évident que la même loi qui donnait l'héritage aux fils, leur donnait la couronne; et Clotilde, fille de Clovis, fut exclue de la succession sans que le roi des Wisigoths, qu'elle avait épousé, réclamât la part de sa femme dans l'héritage paternel [1]. Theodechilde, fille de Thierry I[er], selon Frodoard, et mariée au roi des Varnes, selon Procope, subit le même sort [2]. Theodebald succéda seul à son père Theodebert, au préjudice de ses deux sœurs Regintrude et Bertaire. Ces exemples suffisent sans aller plus loin [3].

Mais lorsque les filles se trouvèrent concourir avec des collatéraux, des oncles, par exemple, ou des cousins, leur droit ne fut pas reconnu davantage. L'exclusion tenait au fond même de l'esprit national.

[1] Greg. Tur., III, 10.

[2] *Voy.* les Act. sanct. au 28 de juin.

[3] *Voy.* d'ailleurs le chapitre sur les princesses filles de roi, *inf.*, p. 186.

Agathias, dans son histoire, nous dit que Childebert, roi d'Austrasie, fils de Clovis, laissa deux filles qui n'héritèrent pas de sa puissance, mais parce qu'il n'y avait fils, ce fut le roi Clotaire, leur oncle, qui hérita; les deux filles passèrent sous le *Mundium* de leur cousin Charibert, roi de Paris.

Qui Childeberti retinens dulcedine nomen
Ejus natarum est frater et ipse pater [1].

Charibert laissa trois filles; l'une n'est nommée, les deux autres sont Bertheflède et Chrodielde; nulle d'elles n'hérita de son royaume, qui fut disputé entre leurs deux oncles Sigebert et Chilpéric. Gontran, roi de Bourgogne, avait deux filles, lorsque, se plaignant d'être sans enfants, il désigna son neveu Childebert pour son successeur. Chilpéric avait perdu tous ses fils, Basine et Rigunthe lui restaient encore; lorsqu'il répondit aux ambassadeurs du même Childebert: « Puisque je n'ai plus de fils, le roi Childe- » bert, fils de mon frère, doit être mon seul héri- » tier [2]. » La reine Bathilde, raconte un chroniqueur, craignait, pendant le cours de sa grossesse, de ne mettre au monde qu'une fille, ce qui eût fait sortir la couronne de sa maison. « *Verens ne filiam ede-* » *ret, et ob hoc regnum succumberet* [3]. »

Tous ces exemples démontrent suffisamment que la succession du trône se réglait par les principes de

[1] Fortunat, ap. Duchesne, I, 490.

[2] Greg. Tur., VI, 3. Ait Chilpericus rex : Filii mei peccatis increscentibus non remanserunt, nec mihi nunc alius superest heres, nisi fratris mei Sigeberti filius, id est, Childebertus rex.

[3] Vita S. Eligii (Spicileg., t. 1, p. 110).

la succession allodiale, et qu'on ne distinguait point l'une de l'autre. La terre appartenait à l'agnat le plus proche; il en fut ainsi de la souveraineté, qui tenait avant tout aux immenses domaines fiscaux que le roi partageait entre ses fidèles, et qui se retira de la famille Mérovingienne du jour où le maire du palais, simple officier domestique dans l'origine, fut devenu le dispensateur des bénéfices.

Tout ce que je viens de dire sur la première race de nos rois s'applique à la seconde; Louis le Débonnaire succéda seul au vaste empire de Charlemagne, encore bien que ce dernier prince laissât sept filles qu'il chérissait tendrement; et de Louis le Débonnaire à la troisième race, nulle femme, que je sache, n'a prétendu à la couronne. Le premier exemple d'une pareille prétention ne se trouve qu'au commencement de la période féodale, alors que Boson, comte de Provence, s'autorisa de son mariage avec Hermengarde, fille unique de l'empereur Louis II, pour se faire nommer roi d'Arles. Encore ne voyons-nous pas dans les monuments de l'époque qu'il s'appuyât formellement du droit de sa femme; et, du reste, ses prétentions furent complétement rejetées par ses compétiteurs. Jamais, en France, le droit des femmes à la couronne n'a été reconnu, et ce fut toujours une maxime constante « *que le royaume » de France est de si grande noblesse, qu'il ne doit « mie par succession aller à femelle*[1]. » Il serait impossible de trouver une exception à cette maxime aussi vieille que la monarchie.

[1] Froissart, l. I, ch, 22.

Je retrouve cette exclusion des femmes dans les pays mêmes où le droit de succession n'avait pas la même rigueur que chez les Francs. Chez les Ostrogoths, par exemple, les femmes ne succèdent point au trône, quoiqu'elles succèdent à la terre, et cette exclusion est sans doute fondée sur ce que chez ce peuple, comme chez les Romains, l'empire est resté un commandement et une magistrature. Mais j'aperçois chez les races gothiques une grande tendance à conserver la couronne dans une même famille, et il me semble même qu'en Italie, comme en Espagne, la libre succession au trône ne s'écarte pas d'une sphère donnée. Cette restriction dans le choix du futur souverain, a été plus d'une fois favorable aux femmes, et, ne pouvant les appeler au trône, on les a cependant couronnées dans la personne de leur mari. Ainsi, chez les Ostrogoths, Athalaric, petit-fils du grand Théodoric, succéda à son aïeul de préférence à sa mère Amalasuntha [1]; mais ce prince mort sans postérité, on fit régner Théodat, époux d'Amalasuntha, non parce qu'on reconnut à cette princesse un droit fondé, mais parce qu'il était resté dans tous les cœurs un attachement religieux pour la grande famille des Amales, attachement qui reparut encore quand les Goths exigèrent de Vitigès, avant de l'élever au trône, qu'il répudiât sa femme pour épouser Matasuntha, dernier rejeton de cette illustre race [2].

[1] Procope, Guerre goth., I, 2.
[2] Procope, Guerre goth., I, c. 11.

CHAPITRE V.

Des princesses, filles de rois.

La condition civile des princesses était la même que celle des autres femmes; filles, femmes ou veuves, elles étaient en la puissance et sous le mundium de leurs pères, de leurs maris, ou de leurs proches. Ainsi, dans le traité d'Andelau, Gontran stipule expressément que Clotilde, sa fille, sera sous la garde du roi Childebert, avec tout ce qu'elle possédera au décès de son père; et, de son côté, Gontran s'engage, pour le cas où son neveu mourrait avant lui, de prendre sous sa garde Brunehault, mère de Childebert, Chlodoswinde, sa sœur, et Faileuba, sa femme.

Conventus ap. Andelaum (ann. 587)[1]. Illud specialiter placuit per omnia inviolabiliter conservari, ut quicquid Domnus Gunthramnus rex filiæ suæ Chlothildi contulit, aut adhuc Deo propitiante contulerit, in omnibus rebus atque corporibus, tam in civitatibus quam in agris, vel reditibus, in jure et dominatione ipsius debeat permanere, et si quid de agris fiscalibus, vel speciebus atque præsidio, pro arbitrii sui voluntate facere aut cuiquam conferre voluerit, in perpetuo, auxiliante Domino, conservetur, neque a quocumque ullo unquam tempore convellatur, *et sub tuitione ac defensione Domni Childeberti*, cum his omnibus quæ ipsam transitus genitoris sui invenerit possidentem, sub omni honore et dignitate secura debeat possidere.

Pari conditione repromittit Domnus Gunthramnus rex, ut si...

[1] Baluze, Capit. I, p. 13.

contigerit Domnum Childebertum, eo superstite, de hac luce migrare, filios suos Theodobertum et Theodoricum regem, vel si alios ipsi Deus dare voluerit, ut pius pater sub sua tuitione et defensione recipiat, ita ut regnum patris eorum sub omni soliditate possideant, et *genitricem Domni Childeberti Domnam Brunichildem reginam, vel filiam ejus Chlodowinsdam germanam Domni Childeberti regis*, quamdiu intra regionem Francorum fuerit, *vel ejus reginam Faileubam, tanquam sororem bonam et filiam in sua tuitione et defensione*, spiritali dilectione, *recipiat*, et sub omni honore et dignitate cum omnibus rebus earum, cum civitatibus, agris, reditibus, vel cunctis titulis, etc.

Charlemagne, dans l'acte où il établit le partage de l'empire entre ses enfants, décide également que ses filles seront en tutelle; seulement il leur laisse le droit de choisir celui de leurs frères qui leur conviendra le mieux comme tuteur. Cette disposition de Charlemagne est d'autant plus intéressante que la forme est toute féodale; transportez cette ordonnance dans une charte du moyen âge, et vous croirez entendre quelque baron réglant la position de ses filles après sa mort [1].

Le *Mundium* se retrouve, avec toute son énergie primitive, dans les plaintes que Charles le Chauve

[1] Divisio imperii, anno 808. Pertz, I, 142. De filiabus autem nostris, sororibus scilicet prædictorum filiorum nostrorum, jubemus ut post nostrum ab hoc corpore discessum, licentiam habeat unaquæque eligendi sub cujus fratris tutela et defensione se conferre velit.

Et qualiscumque ex illis monasticam vitam elegerit, liceat ei honorifice vivere sub defensione fratris sui in cujus regno degere voluerit.

Quæ autem juste et rationaliter a condigno viro ad conjugium quæsita fuerit et ei ipsa conjugalis vita placuerit, non ei denegetur a fratribus suis, si et viri postulantis et feminæ consentientis honesta et rationabilis fuerit voluntas.

élève, comme père et comme roi, contre la conduite indigne de Baudouin, comte de Flandre, qui, au mépris des lois divines et humaines, lui a ravi Judith, sa fille, veuve d'Edulif, roi des Angles.

Filiam nostram Judith viduam secundum leges divinas et mundanas sub tuitione ecclesiastica et *regio mundeburde* constitutam, Balduinus sibi furatus est in uxorem : quem, post legale judicium, episcopi regni nostri excomunicaverunt secundum sanctos canones, et deffinitionem sancti Gregorii papæ, qui dicit : Si quis viduam furatus fuerit in uxorem, ipse et consentientes ei, anathema sint [1].

Je reviens maintenant au traité d'Andelau, si précieux pour la question qui nous occupe. On a vu, dans le passage cité plus haut, que Gontran et Childebert donnent à leurs filles des biens de toute nature: argent, bijoux, terres fiscales, cités entières, pour qu'elles en puissent disposer librement [2]; et, à l'appui de cette liberté de disposition, je citerai le second concile de Valence, qui confirme quelques donations faites aux églises par les deux filles de Gontran [3]. Néanmoins, il ne faudrait pas conclure de ces textes que la loi de succession fût moins rigoureuse pour les filles du roi que pour les filles de tout autre guerrier franc. Un passage de Grégoire de Tours nous montre, au contraire, combien les rois Mérovingiens, jaloux de la richesse qui faisait le secret de leur puissance, craignaient de voir l'héritage

[1] Baluz., capit. II, 166.

[2] Ut si quid de agris fiscalibus, vel speciebus atque præsidio pro arbitrii sui voluntate facere aut cuiquam conferre voluerint, fixa stabilitate in perpetuo conservetur, nec a quibusquam voluntas illarum ullo tempore convellatur. Bal., I, p. 14.

[3] Sirmond., Concil. t. I, p. 379.

paternel diminué par la dot de quelque fille ou de quelque nièce.

Greg. Tur., Hist. VI, 45. Interea legati regis Childeberti Parisiis advenerunt, contestantes Chilperico regi, ut nihil de civitatibus quas de regno patris sui tenebat, auferret, aut de thesauris ejus in aliquo filiam muneraret, ac non mancipia, non equites, non juga boum, neque aliquid hujusce modi de his auderet attingere.

Chilpéric, effrayé par les menaces de Childebert, respecta fidèlement le trésor paternel ; mais il se dédommagea de cette contrainte en vrai seigneur féodal, c'est-à-dire en levant une aide sur toutes les cités de son domaine [1].

Indépendamment de cette dot arrachée de force, Rigunthe reçut de sa mère Frédégonde des présents considérables; mais Frédégonde avait bien soin de faire observer aux jaloux que cette dot magnifique venait tout entière et de ses propriétés personnelles et de ses économies, et qu'on n'avait nullement touché aux trésors royaux, patrimoine de ceux-là seuls qui maniaient le fer [2].

En Espagne, où la couronne étant élective, les rois nouveaux élus ne se faisaient faute de se débarrasser de concurrents dangereux, un canon du

[1] Greg. Tur., VI, 45. Adparatus quoque magnus expensæ diversis civitatibus in itinere congregatus, et in quo nihil de fisco suo rex dari præcipit, nisi omnia de pauperum conjecturis.

[2] Greg. Tur., VI, 45. Ne putatis... quicquam hic de thesauris anteriorum regum haberi : omnia enim quæ cernitis de mea proprietate oblata sunt....... Et ego non nulla de proprio congregavi labore et de domibus mihi concessis...... *nam hic de thesauris publicis nihil habetur*.

dix-septième concile de Tolède, et qui fait préface à la loi des Wisigoths, met les princesses en la garde de l'Église, et leur conserve leur indépendance, leur titre (*dignitas*), leur part de succession, et ce que leur père leur a donné pendant qu'il occupait le trône.

La loi est plus sévère pour la reine douairière, et un canon du neuvième concile de Tolède, confirmé par le troisième concile de Saragosse [1], ordonne à la reine de prendre l'habit religieux aussitôt après la mort de son mari, par ce motif d'une fierté tout espagnole :

« *Ut ab omni turbine mundi remota, nequa-* » *quam cuilibet locus adtribuatur, per quod aut* » *contumelia tantæ potestati in publico ingeratur,* » *aut subdita plebi esse patescat quorum ante du-* » *dum agnoscitur domina fuisse* [2]. »

CHAPITRE VI.

Des reines.

Les reines avaient comme les autres femmes un *Morgengabe*, un douaire et une part dans les acquêts. Le roi franc étant un grand propriétaire plus

[1] Concil. Cæsar-Aug., III, can. 4, num. 9. Ce concile a été tenu en la quatrième année du règne d'Égica.

[2] Lardizabal, Pref. au Fuero juzgo, p. 30. Sempere, Historia de los Vinculos, p. 128.

qu'un souverain, il n'y avait aucune raison qui pût modifier la condition de la reine.

Ainsi le traité d'Andelau nous apprend que Gaileswind, la sœur de Brunehault, avait reçu de Chilpéric, tant pour son douaire que pour son morgengabe, des cités entières, telles que Bordeaux, Limoges, Cahors et Béziers [1]. Ce même Chilpéric, quand il maria au roi des Wisigoths, sa fille Rigunthe, eut grand soin d'envoyer à l'avance des ambassadeurs pour examiner si le douaire de sa fille répondait à la dot immense qu'il lui donnait [2].

Ce douaire, d'après le droit commun, était un simple usufruit qui, après la mort de la mère, faisait retour aux enfants. Si donc la veuve d'un roi voulait disposer de quelque partie de son douaire, elle devait obtenir le concours des héritiers légitimes. C'est ce qu'explique fort bien une lettre de Radegonde, veuve de Clotaire Ier, lettre dans laquelle elle annonce aux évêques assemblés à Tours, que voulant doter le monastère de Sainte-Croix d'une partie des terres qu'elle tient de la libéralité de son époux, elle a fait confirmer cette donation par ses enfants [3].

Le Miroir de Souabe a une disposition expresse sur

[1] Baluze, capit. I, 14. Cassiod. Var., IV, 1.

[2] Greg. Tur., VI, 18. Legati Chilperici regis..... qui ad conspiciendam dotem in Hispania fuerunt missi, regressi sunt.

[3] Greg. Tur., IX., 42. De rebus quæ in me præcellentissimus dominus Clotharius, vel præcellentissimi domini reges filii sui contulerunt, et ego ex ejus præceptionis permisso monasterio tradidi possidendum, et per auctoritatis præcellentissimorum dominorum regum Chariberti, Guntchramni, Chilperici et Sigeberti, cum sacramenti interpositione et suarum manuum subscriptionibus obtinui confirmari.

le morgengabe de l'impératrice : l'Empereur n'est point limité dans cette libéralité, dont le coutumier fixe le chiffre pour toutes les autres conditions; mais s'il donne des biens de l'empire, son successeur n'est point tenu de respecter la donation [1].

Quant au douaire, que nous retrouverons dans les diplômes du moyen âge, et qui a subsisté jusqu'à nos jours, il eut ceci de remarquable, que, pour nos reines comme pour les autres femmes, il fut, tant que dura le concubinat, la marque du légitime mariage; non douée, la femme du roi ou de l'empereur n'était que sa concubine [2]. Voici, à ce sujet, une preuve curieuse que j'emprunte à la collection de Duchesne [3].

Item Karolus [4] certo nuncio comperto, obisse Ermentrudem, uxorem suam, sororem Bosonis nomine Richildem, mox sibi adduci fecit, et *in concubinam accepit*. In die festivitatis Septuagesimæ prædictam concubinam suam, Richildem, desponsatam et *dotatam in conjugem duxit* [5].

A l'égard de la part dans les acquêts, Aymoin nous apprend qu'à la mort de Dagobert, Ega, maire du palais, fit réunir tous les trésors du prince, et

[1] Art. 18 (édit. Lassberg). Ein Rœmscher Künic mag seiner Frowen geben was er will minder oder mer, dem ist nicht Zal gesetzet. Gibt aber der Künic das Reichsgut dar, da hat die Frowe nicht an. Und wirdt ein ander Künic, der hat es mit Rehte.

[2] *Voyez* la constitution de douaire consentie par l'empereur Lothaire II à la reine Angelberge (an 850). Muratori, Antiq. diss., XX, t. II, p. 117.

[3] Fragm. hist. Franc., t. II, p. 404.

[4] C'est Charles le Chauve.

[5] *Voy.* à ce sujet un diplôme de Baluze. App. aux Capit., t. II, p. 1492.

qu'on donna à la reine Nanthilde le tiers de ce que le roi avait acquis [1].

Au dixième siècle, le roi Raoul, atteint d'une maladie désespérée, dans un de ces retours de piété familiers à nos ancêtres, partagea tous ses trésors entre les monastères de France et de Bourgogne, mais il réserva la part de sa femme [2]. C'est la dernière fois qu'il soit fait mention du droit de la reine, du moins si l'on en croit Pasquier [3].

« Comment les choses se sont depuis passées, ajoute-t-il, je ne vois point qu'il y ait eu communauté entre nos roys et nos roynes ; ils acquièrent diversement sous leurs noms, et n'y a rien de commun entre eux pour cet égard, ni aux acquêts, ni aux meubles. »

Dutillet nous a excellemment donné la raison de ce nouvel ordre des choses [4].

« Les roynes n'ont communauté des acquêts faits par les roys leurs maris, durant le règne et leur mariage ; mais bien en ceux faits auparavant leur advénement à la couronne. Suivant ce, le roy Philippes de Valois fit raison à la royne Jeanne de Bourgoigne, sa femme, de la moitié des conquêts faits avant qu'il fût roy. Constant le mariage, l'administration du royaume ne peut recevoir les roynes à communauté ; car tout est pour la couronne et bien du royaume, qui ne doit être approprié à la royne par vertu de la coustume La bourse du roy est celle du peuple, non particulière aux roy et royne. »

[1] Aymoin, lib. IV. « Itaque thesauros Dagoberti regis, jubente Nanthilde et Chlodeveo, instantia Æganis majoris domus præsentantur, et æqua lance dividitur ; tertiam tamen partem de quâ Dagobertus adquisierat, Nanthildis regina recipit. » *V.* aussi Alteserra, Rer. Aquit., III, c. 8. Fredeg. Chron., c. 85.

[2] Frodoard. Cæterum, præter uxoris partem, quicquid sibi thesaurorum supererat, per monasteria Franciæ Burgundiæque direxit.

[3] Rech. de la France, IV, ch. 19.

[4] Recueil des roys de France, I, p. 257 Édit. de Paris, 1618, 4°.

LIVRE TROISIÈME.

TRANSITION DES LOIS GERMANIQUES

AUX LOIS FÉODALES ET AUX COUTUMES.

ÉPOQUE FORMULAIRE OU DIPLOMATIQUE[1].

Entre les lois barbares et les coutumes, il y a une lacune de quatre siècles; et pour la combler, nous n'avons que des monuments législatifs peu nombreux et peu complets. Cependant, pour asseoir l'histoire sur une base solide, il est indispensable de connaître ces temps obscurs, puisque cette époque est celle de la transformation des institutions comme de la société. C'est le passage de la conquête à l'établissement d'un état régulier; c'est la fusion des deux races jusque-là campées sur le sol, sans se confondre; c'est le mélange de l'esprit nouveau et de l'esprit romain. Qui ne peut suivre les institutions dans leur métamorphose, celui-là perd la tradition; et la chaîne rompue, nos origines demeurent un mystère.

[1] Je nomme ainsi l'époque qui se place entre le IXe et le XIIe siècle, parce que tous les renseignements que nous possédons sur ces temps éloignés sont contenus dans les formules et les diplômes.

Comment, avec si peu de monuments, étudier ces transformations successives? La réponse est facile. De lois émanées de la puissance publique, le nombre est certainement des plus petits; mais nous possédons en masse des formules, des diplômes, dans lesquels il est aisé de suivre en action le développement et le mélange des institutions. Chaque loi barbare a, pour ainsi dire, son complément dans quelque collection recueillie par les savants des derniers siècles. Ainsi, par exemple, le *Codex Alemanniæ diplomaticus* de Neugart nous explique la loi des Alemanni[1] l'*Historia Frisingensis* de Meichelbeck, avec son riche appendice, éclaire la loi des Bavarois; la loi Wisigothe reparaît à chaque page dans les diplômes de l'histoire du Languedoc, dans la *Marca hispanica*, dans les collections espagnoles; et les recueils des Bénédictins, de Bréquigny, d'Aubert le Mire, de Lacomblet, de Guérard jettent une vive lumière sur la transformation des usages saliques, ripuaires et romains. Quant aux documents qui nous montrent la loi lombarde en mouvement, ils abondent dans les collections des Ughelli, des Muratori, des Lupi, de tous ces savants qui ont fait de l'Italie comme la patrie de l'érudition.

Notre ignorance de cette curieuse époque pourrait donc bien tenir à ce que nous n'avons jamais cherché la lumière où nous devions la rencontrer.

CHAPITRE PREMIER.

De la succession des filles, et du régime des biens durant le mariage, dans les diplômes du IXe au XIIe siècle.

Tant que les hommes libres, propriétaires d'alleux, furent en nombre, et que l'assemblée du canton se maintint, nul doute que les coutumes germaniques, qui régissaient la succession et le mariage, ne se soient conservées dans toute leur vigueur; et la preuve, c'est que la plupart de ces anciens usages se retrouvent dans les coutumes féodales, les barons ayant conservé beaucoup plus longtemps qu'on ne pense les droits et les priviléges des conquérants.

Mais à côté de la propriété allodiale, on voit se développer de bonne heure des tenures fort diverses, la précaire, la censive, le bénéfice, la possession du serf, jouissances viagères dans l'origine, mais devenues rapidement héréditaires, et qui ont présenté une physionomie jusqu'alors inconnue dans le monde juridique. On a vu, ce que les jurisconsultes romains ne pouvaient admettre (tant le droit de domaine était pour eux chose sacrée), on a vu un droit de propriété, non plus absolu, mais limité par un droit supérieur, et pour un même objet, deux propriétaires, et deux ordres d'héritiers différents. Cette organisation nouvelle de la propriété a sensiblement modifié le droit de succes-

sion; et la précaire, le bénéfice, la tenure du serf, ont été des héritages d'une tout autre nature que le domaine romain, ou l'alleu barbare. Comment ont été organisées ces successions nouvelles? c'est une question curieuse, mais que personne, jusqu'à ce jour, n'a soulevée.

Toutes ces propriétés, différentes entre elles, ont cependant un caractère commun qui les distingue de toutes les institutions précédentes. Dans le monde nouveau où nous allons entrer, ce n'est plus la loi qui fait la condition de la propriété, c'est le contrat, c'est la concession. La condition de la propriété n'est plus d'intérêt public, mais d'intérêt privé: et la jouissance du sol comme le droit de succession, varie, s'altère, se modifie suivant le désir et le caprice du propriétaire concédant [1]. Non-seulement chaque pays, chaque ville, chaque village, mais chaque portion du sol a sa législation particulière; car, je le répète, c'est la concession qui fait seule la loi.

Ce droit de l'individu de modifier la condition de propriété est le signe caractéristique du moyen âge; il nous explique cette effroyable confusion de coutumes, qui souvent rendaient deux habitants d'un même pays plus étrangers par la législation que ne le sont aujourd'hui deux citoyens de nations diverses. Ce droit, incontesté pendant les premiers temps de la féodalité, a duré jusqu'à l'établissement des grands pouvoirs publics, qui ont subordonné

[1] *Voy.*, à cet égard, un très-curieux diplôme donné par Mœser, Osnabruk. Geschichte, t. III, Dipl. 180.

les propriétés et les individus à l'État; et si, depuis l'affermissement des monarchies, les successions sont devenues d'ordre public, néanmoins, jusqu'à la révolution française, il est resté permis à quelques grandes familles d'établir la loi héréditaire de leur maison. Les substitutions, les majorats ne sont autre chose qu'un reste de cette ancienne liberté germanique.

Ce qu'un de Luynes ou un Montmorency pouvait faire sous Louis XIV avec le consentement du roi et l'approbation du parlement, un grand propriétaire le faisait au neuvième siècle sans le consentement de personne; la loi qu'il imposait à ses héritiers faisait la coutume de son manoir, comme les conditions qu'il imposait à ses tenanciers faisaient la coutume de la terre (*Jus curtis*, *hofrecht*).

Qu'il résultât de cette liberté une diversité infinie dans les concessions, c'est ce qu'il est aisé maintenant de comprendre [1]; mais (et cette observation intéresse singulièrement le sujet qui nous occupe) l'altération des coutumes germaniques profita particulièrement aux femmes; et rien de plus ordinaire dans les anciens diplômes, que de voir une part de la succession assurée à la femme, et les filles appelées en concurrence avec les frères; les exemples abondent

[1] Le *Miroir de Saxe* reconnaît qu'il est impossible de se retrouver au milieu de cette diversité. III, 42, § 2. « Nu ne latet juch nicht wunderen, dat dit Buk so luttel seget von Dienstlude rechte, went it is so mannicvolt, dat is nieman to Ende komen kan. Under jewelkem Bischope, unde Abbede, unde Ebbedischen, hebben die Dienslüde sunderlik Recht, darumme ne kan ik is nicht besceiden. » Schwabensp., c. 48, § 4-8. Beaumanoir, au Prologue.

dans les diplômes du huitième et du neuvième siècle que nous a conservés Neugart, et ces monuments sont si fréquents, qu'on se demande si la facilité de modifier la loi de succession ne doit pas se mettre au nombre des causes qui, en occasionnant la précaire, assurèrent la grandeur et la richesse de l'Église.

A une époque où les petits propriétaires avaient besoin d'un patron qui garantît leur personne et leurs biens, il n'y avait pas de protectrice plus certaine, ni de dépositaire plus désintéressé, que l'Église; c'était la seule puissance qui respectât la volonté du pauvre colon, et fît passer la succession entre les mains de la veuve et des enfants [1].

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'en toutes ces donations, le donateur a toujours grand soin d'assurer l'ordre futur de sa succession, et qu'il n'épargne rien pour assurer à l'avance les droits des héritiers qu'il s'est choisis [2]. Du reste, rien de plus fréquent qu'un renversement complet de la succession légitime; je ne parle pas de la préférence de la fille, qui ne se rencontre pas assez souvent pour qu'on puisse voir dans ce choix autre chose qu'un caprice du donateur [3]; mais souvent la femme est préférée aux enfants [4], et quand cette préférence n'est pas absolue, la veuve a toujours au moins la moitié [5]. La communauté que nous n'avons pas trouvée dans les lois barbares,

[1] Zeus, Tradit. Wizeb., Dip. 152-180, 249.
[2] Zeus, Tradit. Wizeb., Dip., 79, 115, 136-151.
[3] Neugart, Dipl. 228.
[4] Neugart, Dipl. 149 (anno 804).
[5] Neugart, Dipl. 244. Zeus, Dip. 128. Marca hispanica, p. 1097. Furth., Die ministerialen, p. 263.

existe dans les diplômes [1] et les coutumes rustiques [2]; aussi, par une singularité qu'explique seule la persistance des usages germaniques dans les grandes familles, nous retrouverons, dans les coutumes du moyen âge, le tiers germanique attribué à la veuve noble, tandis que la moitié coutumière restera la part de la femme du roturier,

Il en est du bénéfice comme de la précaire et de la tenure du colon; c'est toujours la concession qui fait loi; et il n'est point sans exemple de voir la fille appelée à la succession de la terre [3]; néanmoins, il est vrai de dire (et c'est un fait démontré par une étude attentive de l'histoire) qu'il y eut effort constan. des bénéficiers pour communiquer à leur possession les formes et la législation de l'Alleu, qui était la propriété absolue, le domaine par excellence.

Ainsi, dans les coutumes, données dans le neuvième siècle aux colons du monastère de Weingarten [4], le fils seul est appelé à la succession de la terre; et la même disposition se retrouve dans les coutumes données aux vassaux de Saint-Pierre, par

[1] Lacomblet, nº 60 (anno 1082).

[2] Les lois de Burchard (App. de l'*Hist. du Droit de propriété*) nous présentent la communauté d'acquêts : Et quidquid simul adquisiverint, si quis eorum supervixerit, totum habeat in sua potestate; et quidquid inde facere velit, faciat. Cette coutume donnée aux ministeriales de l'église de Worms est d'autant plus remarquable qu'elle est évidemment empruntée aux coutumes franques. *V.* aussi Zeus, Traditiones Wizeburg., Dipl. 87, 88.

[3] Charta, ann. 1209, ap. Kindlinger. Munster, Beytr., II, p. 243, 244.

[4] Kindlinger, Geschichte der Hœrigkeit, p. 220. *V.* aussi Bluntschli, *Hist. de Zurich*, I, 97.

Burchard, évêque de Worms. On dirait d'un emprunt fait à la loi des Thuringes.

« *Si ex familiâ vir aliquis et uxor ejus obierint,* » *et filium cum filia reliquerint, filius hereditatem* » *servilis terræ accipiat, filia autem vestimenta* » *matris et operatam pecuniam accipiat.* »

La coutume des *Ministeriales* de Bamberg, qui date du onzième siècle, nous représente également les vassaux de l'évêché se partageant la succession, comme faisaient les Francs [1]; les filles sont totalement exclues de l'héritage. Le *Dienstrecht* de Magdebourg, qui n'exclut les femmes qu'à égalité de degré, est plus fidèle à l'esprit du moyen âge, et se rapproche davantage des coutumes qui régnèrent en France et en Italie [2].

Cette ambition générale, qui poussait tous les tenanciers à obtenir pour leurs domaines les priviléges de l'Alleu, peut seule nous expliquer comment la législation de l'Alleu reparut dans celle du fief, et comment, au travers de tant de diversités, il se fit un fonds commun de coutumes féodales. A bien réfléchir à ce mouvement remarquable, il semble que nos aïeux avaient plus raison qu'on ne pense,

[1] Eccard., Scrip. rer. Germ., t. II, p. 102. « Si absque liberis obierit, et uxorem prægnantem habuerit, expectatur dum pariat, et si masculus fuerit, ille habeat beneficium patris; si non, proximus agnatus defuncti, loricam suam, vel equum quem meliorem habuerit, domino suo offerat, et beneficium cognati sui accipiat. »

[2] Furth., p. 345. « Dat Hovelen schal erven uppe den Sonen, Dochter, Bruder, Suster, Vader and Muder. » Il est remarquable que les frères et sœurs soient préférés au père et à la mère; c'est le contraire qui a lieu dans les lois barbares et dans le Sachsenspiegel.

lorsqu'ils appelaient *lex Salica*, la coutume des fiefs [1], et qu'ils appliquaient cette coutume à la succession d'un royaume qui, pendant plusieurs siècles, fut un grand fief bien plus qu'une monarchie.

[1] Bodin, Rep. VI, ch. 5. Et il n'y a pas longtemps qu'en un testament ancien d'un gentilhomme de Guyenne, produit en procès au parlement de Bordeaux, le père divise à ses enfants la terre salique, qui, tous, interprètent les fiefs.

Dutillet. Recueil des rois de France, t. I, p. 308. Terre salique est vieux mot, ne signifiant autre chose que l'ancien patrimoine, duquel on usait encore l'an 1031, ainsi qu'il appert par le titre d'un archidiacre de l'église d'Angoulême où il est, et à laquelle il donne son alleu ou héritage salique, y nommé, sis au pays de Xainctonge. — Il est probable que Bodin et Dutillet ont cité le même fait, et que le premier nomme *fief* ce que le second désigne par le mot d'*alleu*.

LIVRE QUATRIÈME.

ÉPOQUE FÉODALE.

RÉFLEXIONS GÉNÉRALES.

Dans la période romaine nous n'avons rencontré qu'une seule espèce de domaine, et par une conséquence naturelle, qu'un seul ordre de succession. Sans doute, les variations que le préteur fit subir à la capacité héréditaire, ont eu pour résultat qu'à une même époque et pour une même succession, il s'est trouvé plusieurs ordres d'héritiers appelés en concurrence; mais la succession à partager, l'*hereditas*, n'a jamais varié ni à raison de l'origine, ni à raison de la nature des biens qui la composaient.

Il n'en fut pas ainsi dans les coutumes barbares, je l'ai déjà dit; la capacité héréditaire fut déterminée, non plus comme chez les Romains, par des considérations prises de la personne héritière, mais par des considérations prises de la chose, objet de la succession; ainsi, il y eut une succession des meubles qui ne fut pas celle de la terre; une succession de Wehrgeld qui ne fut pas toujours celle de l'Alleu; et il se trouva, par conséquent, pour partager l'héri-

tage d'un même individu, autant d'héritiers qu'il y avait de patrimoines différents.

Cette diversité s'accrut encore, quand, à ces successions, que j'appellerai normales, parce qu'elles se déféraient dans l'ordre prescrit par la loi, vinrent se joindre cette foule de successions contractuelles dont j'ai parlé dans le chapitre précédent, successions où l'ordre héréditaire dépendit tout entier des conditions faites par le propriétaire concédant. Ainsi, le bénéfice, la précaire, la manse servile furent transmis, à la mort du tenancier, non pas toujours à celui que la loi eût appelé à la succession de l'Alleu, mais à celui que l'acte de concession avait désigné pour héritier. La femme, par exemple, succéda presque toujours à la précaire, de moitié avec les enfants, et souvent continua avec eux la communauté commencée avec le mari; les filles partagèrent avec les fils; les ascendants furent quelquefois admis en concurrence, et quelquefois exclus. En somme, nulle règle fixe, nul principe arrêté ne détermina ces successions inconnues de la loi civile. Le contrat seul détermina l'ordre dans lequel se transmettraient ces espèces de locations perpétuelles, comme aujourd'hui le bail fait la loi des parties pour des locations d'une moindre durée.

La féodalité renchérit sur cette diversité de tenures. Il y eut l'Alleu, dont la succession continua de se régler par les coutumes germaniques; le Fief, où la succession se compliqua des nécessités du service militaire; le Villenage, où elle dépendit le plus souvent du caprice seigneurial, quand toutefois le

seigneur voulut bien tolérer une succession. Il y eut encore la Censive en France, l'*Erbpacht* en Allemagne [1] et le Socage en Angleterre, espèces de fief roturier, dont la succession fut mi-partie féodale et mi-partie vilaine ; il y eut enfin la Roture et le Bourgage, dont la succession eut également un caractère particulier. Ajoutez que non-seulement ces tenures différentes existèrent toutes ensemble en chaque pays féodal, mais encore que dans le moindre canton, dans le plus petit village, chacune d'elles se diversifia à l'infini, et que chaque manoir, et, si j'ose le dire, chaque glèbe eut un ordre de succession particulier.

Que faut-il conclure de ces diversités? que l'étude de la législation féodale est sans résultat possible à cause de la multiplicité et de la différence des concessions? Une telle conclusion serait indigne de la science. Par cela même que tous ces hommes étaient de même race, qu'ils vivaient ensemble avec les mêmes besoins, les mêmes idées, les mêmes mœurs, des circonstances semblables ont dû amener des usages pareils, et il a dû se faire comme un fonds commun de droit féodal qu'il s'agit de dégager de toutes ces apparences diverses qui empêchent un œil peu exercé de le reconnaître.

Seulement, quand nous trouverons des anomalies, il ne faut pas nous en étonner ni chercher à les ra-

[1] Erfpacht en Hollande. Mieris Groot Charterbock, I, 214, nous a conservé un diplôme de 1289 ; c'est une constitution d'emphythéose où paraissent tous les priviléges du fief, le droit d'aînesse et l'exclusion des filles.

mener à des principes communs par une explication forcée ; car cette prodigieuse diversité, cette variété infinie est dans l'esprit de l'époque féodale. L'unité dans la législation est une idée des temps modernes ; en France, elle ne date que d'hier, et la révolution est à peine commencée dans le reste de l'Europe.

Pour jeter quelque clarté sur ce sujet difficile, nous distinguerons les différentes espèces de tenures, et nous examinerons l'ordre de succession qui s'est établi pour chaque variété de domaine. Ainsi, pour ne nous occuper que des pays féodaux, nous parlerons successivement :

1° Du Fief et de l'Alleu ;

2° Du Villenage ;

3° De la Censive, de la Roture et du Bourgage.

Nous examinerons, dans chacune de ces trois sections, l'influence que chaque nature de domaine exerça sur le droit héréditaire et sur le régime des biens durant le mariage.

Nous finirons par considérer, dans une dernière section, quel fut l'ordre de succession dans les pays où la féodalité ne pénétra qu'imparfaitement, combattue qu'elle était par l'influence romaine ; je parle du Midi, de l'Italie et de l'Espagne.

Encore un mot : en examinant séparément les différents droits de domaine, que le lecteur n'oublie point que cette division est factice, et n'a pour but que de lui faciliter l'intelligence de ces anciens jours. La féodalité n'est point un fait unique qui soit venu, comme par un coup de théâtre, envahir subitement l'Europe; elle s'est établie lentement, progressivement,

inégalement. Il y a eu, dès l'origine, des tenures fort différentes, réunies dans la main d'un même propriétaire, et, par conséquent, une grande variété dans l'ordre d'une même succession. De très-bonne heure il y a eu des hommes propriétaires à la fois d'alleux, de fiefs à charge de service militaire, de censives à charge de services roturiers. Les bourgeois ont souvent tenu des fiefs, et les vilains eux-mêmes ont fini par posséder le manoir seigneurial. Toutes ces tenures ont coexisté à la même époque, se sont mêlées, contrariées, confondues continuellement. C'est ce que le lecteur ne doit jamais perdre de vue.

J'expliquerai dans ce livre chacune de ces tenures comme si elle eût existé séparément, mais je dirai, chemin faisant, quelles causes générales tendirent à les confondre et à les réunir dans une même nature de domaine; révolution commencée dès le premier jour de la féodalité par le lent mouvement des choses humaines, et achevée le jour où les législateurs de 1789 proclamèrent l'égalité des citoyens et l'égalité des propriétés; un même droit sous deux noms différents.

SECTION PREMIÈRE.

Du Fief et de l'Alleu.

TITRE PREMIER.

La Femme dans la famille de son père.

CHAPITRE PREMIER.

Qu'est-ce que le Fief?

Ce nom de fief comprit des tenures d'origine et de nature fort diverses, et cette diversité décida seule du droit de succession ; il est donc nécessaire de nous rendre compte de l'origine et de la formation des fiefs ; l'histoire nous dira ce secret.

Lors de la conquête, l'Europe nous présente le spectacle, non plus d'un état régulier comme était l'empire romain, mais de milliers de domaines indépendants, dont chaque propriétaire est le maître absolu, le *seigneur*, comme on dit plus tard. Tous les grands propriétaires, chefs de bande, réunis sous les premiers Mérovingiens par des expéditions et

des courses continuelles sur les pays qu'ils venaient de conquérir, reliés momentanément par le génie de Charlemagne qui leur avait partagé la Lombardie, la Saxe, et la Marche d'Espagne, devinrent trop puissants pour qu'en leur présence une monarchie pût se maintenir. L'empire tombé, chacun de ces chefs de bande se cantonna dans son domaine, y joignit ces grandes possessions que les rois concédaient ordinairement à vie, sous le titre de bénéfices, de gré ou de force, s'assura l'hérédité de la concession, et de son bénéfice se fit un véritable alleu.

Maître d'immenses domaines, le baron qui, avant tout, était chef de bande, et qui avait conservé toute la bravoure et toute l'indolence du Germain, concéda une part de la terre, soit à quelque bon compagnon, qui, trouvant une solde dans le revenu de la glèbe, fût prêt en tout temps à défendre et à aider son seigneur; soit à quelque colon, serf ou homme libre, prêt à donner pour prix de la concession, une part des fruits du sol, ou quelque service domestique.

Mais quand le seigneur avait ainsi concédé une portion de domaine pour assurer sa puissance en s'environnant de bras fidèles, cette puissance appelait bientôt sous l'abri de la féodale tourelle toute une population d'hommes libres, trop faibles pour se défendre contre l'ambition et la rapine des grands, et qui, de nécessité, sacrifiaient une part de la propriété pour sauver l'autre.

De ces hommes libres, les uns, ceux qui se sen-

taient appelés à manier le fer, se recommandaient au seigneur, eux et leurs propriétés, et, changeant leurs alleux en fiefs[1], entraient dans la vassalité à certaines conditions qu'ils déterminaient par avance; les autres se faisaient colons, et réservant l'hérédité de leur tenure, tout en l'assimilant par les services et les redevances aux possessions des serfs du seigneur, formaient ainsi une condition mitoyenne entre le servage et la liberté.

Ainsi, dans une même seigneurie existaient des possessions de nature fort diverse; les unes concédées, les autres simplement acceptées par le seigneur; les unes à charge de service militaire, les autres à charge de redevances ou de services vilains. Voyons, maintenant, quels étaient le nom et le caractère de toutes ces formes dé domaine.

Le manoir seigneurial, avec tous les droits y attachés, s'est nommé fief. Ce manoir, c'était un ancien alleu, ou un bénéfice devenu héréditaire et indépendant. La succession de cette propriété se règle ordinairement par la coutume germanique, modifiée par les changements survenus dans l'état social.

Quant aux concessions du seigneur, nous avons vu qu'elles étaient de deux sortes : les unes à charge de service militaire, c'est encore le fief (ou arrière-fief, quand il y a plusieurs intermédiaires entre le concessionnaire et le seigneur primitif); les autres à charge de cens et de redevances; c'est la *censive*,

[1] Sur un changement de cette espèce, *V*. Mieris, Charterboek van Holland, t. I, p. 145, 279 (anno 1253). Hist. du Droit de propriété, liv. VI, c. 9 et ss.

nommée aussi *fief-vilain* [1], tenure qui a ceci de particulier, qu'elle est noble pour le seigneur concédant et se partage féodalement entre ses héritiers, tandis qu'elle est *vilaine* pour le censier et se partage roturièrement entre ses successeurs [2].

Pour ces concessions seigneuriales, il n'y a plus de règle fixe de succession, encore bien que les coutumes germaines paraissent dans la succession des héritages nobles, et que l'égalité absolue des enfants semble la loi la plus commune des concessions roturières; c'est le contrat qui fait loi, c'est la volonté du seigneur qui décide : « *Voluntas » donatoris in charta doni manifeste expressa » servetur*, » dit le deuxième statut de Westminster [3].

Au baron de décider s'il y aura succession, et quel sera l'ordre de cette succession; à lui d'exclure les femmes ou de les admettre, soit en concurrence avec les frères, soit à défaut d'héritiers mâles; à lui de consentir à ce que la terre se partage également entre les filles, ou de la déclarer indivisible, et de l'attribuer tout entière, soit à l'aînée des filles, soit à celle qu'il lui conviendra mieux de choisir. Encore une fois, c'est la volonté du seigneur qui fait la coutume de la terre; et il y a, à cet égard, un tel arbitraire, que Beaumanoir ne craignait pas d'avancer : « *Que les coutumes sont si diverses, que l'on ne » trouverait pas au royaume de France deux*

[1] Olim. I, p. 64.
[2] Olim., I, p. 458.
[3] Houard, Anc. lois, p. 33.

» *chastelleries qui de tous cas usassent d'une*
» *même coutume* [1]. »

Cette diversité de coutumes se retrouve dans les terres recommandées qui sont aussi, tantôt des fiefs ou *tenures nobles*, et tantôt des *censives* ou *fiefs vilains*, *basses tenures*. Chacun a fait ses conditions, chacun a réservé l'hérédité, qui pour son fils seulement; qui pour ses filles; qui pour sa femme, pour son frère, pour sa sœur, pour ses neveux. Au lieu d'être établie par le seigneur, la loi est venue du vassal qui, dans ce cas, est le concédant; mais la diversité des conditions est aussi grande, et les modifications de la propriété vont à l'infini.

Pour les fiefs, néanmoins, un grand principe a dominé toutes les concessions et a tendu sans cesse à réduire ces règles différentes en une loi commune; c'est la nécessité du service militaire.

Pour ces petits suzerains, sans cesse en guerre avec leurs voisins, et sans armées permanentes, la première condition d'existence c'était d'avoir des vassaux toujours prêts à combattre. Aussi, par une conséquence rigoureuse, quand le fief devint patrimonial, toutes les institutions civiles qui se rattachent à la féodalité, la garde, le mariage, les successions furent-elles régies par un esprit tout militaire. Ce ne fut point la préférence du sexe, comme chez les Germains, ce furent les exigences du service qui, pendant longtemps, écartèrent les femmes de la succession féodale. L'esprit militaire est ce qui

[1] Coutumes de Beauvoisis, au prologue.

donne un cachet particulier à la législation féodale, et la distingue de la législation germanique, dont elle est, d'ailleurs, le naturel développement.

Quand les petits suzerains et leurs guerres de chaque jour disparurent devant l'établissement de grands centres monarchiques, la législation féodale s'altéra sensiblement. Quand la société fut mieux affermie, et le service militaire moins nécessaire, le fief se transforma en patrimoine, et les filles furent appelées à cet héritage, au défaut des fils. Un pas de plus, et il semble qu'on eût atteint rapidement l'égalité des codes modernes; mais il n'en fut pas ainsi, et la victoire des sentiments naturels fut pour longtemps retardée.

A mesure que l'esprit féodal ou militaire disparut de la législation, l'esprit aristocratique ou nobiliaire le remplaça, mais par une substitution insensible, et dont on ne s'aperçut qu'après plusieurs siècles écoulés. Les fiefs, en devenant héréditaires, avaient introduit le droit d'aînesse, étant impossible que le service fût assuré si le fief était divisé; le droit d'aînesse amena la grandeur de certaines familles, et créa une aristocratie qui, avec le temps, se trouva maîtresse d'une grande part du sol. Ces grandes familles, qui devaient aux lois féodales la force et la puissance de leur maison, restèrent fidèles aux coutumes antiques; et quand, le service militaire aboli, la loi féodale semblait n'avoir plus de sens, il y eut comme une recrudescence de sévérité. Des pactes de famille (*Haus-Gesetze*) établirent dans toute l'Europe (même dans les pays étran-

gers à la féodalité), le droit d'aînesse, la préférence constante des mâles, et l'exclusion presque absolue des femmes. La conservation des propriétés en certaines mains, qui, dans l'origine, n'était qu'un moyen d'assurer le service militaire, devint le but principal de la législation. Maintenir la noblesse existante, l'enrichir de toutes les fortunes nouvelles, élever la bourgeoisie jusqu'à la noblesse, tel fut le but constant que se proposèrent les jurisconsultes et les législateurs. Des droits qui nous semblent odieux aujourd'hui, tels que le droit d'aînesse et l'exclusion des femmes, étaient considérés aux quinzième et seizième siècles, comme éminemment favorables[1], car ce que le législateur cherchait avant tout, c'était la perpétuité des grandes familles, perpétuité qui ne peut s'obtenir que par le maintien des propriétés dans les mêmes mains.

C'est cette substitution lente de l'esprit nobiliaire à l'esprit féodal, que nous allons étudier; nous verrons disparaître l'exigence du service militaire, puis les principes aristocratiques dominer, et plus tard, s'amoindrir, jusqu'à ce qu'ils s'anéantissent enfin devant l'idée qui est aujourd'hui maîtresse du monde, l'idée d'égalité.

[1] *Voy.* le Traité de Molina : « *De primogeniorum hispanorum origine et naturâ.* Cap. XVIII, l. I. Primogenia utrum odiosa an favorabilia censenda sint. » Sous cette rubrique il a réuni une foule de glossateurs et de jurisconsultes qui tous déclarent le droit d'aînesse et l'exclusion des femmes éminemment favorables, « *quia ad familiarum conservationem præsertim ordinantur et diriguntur.* » La même opinion est aujourd'hui soutenue par les jurisconsultes anglais.

CHAPITRE II.

De la puissance paternelle et du Maritagium.

La puissance du père est la même que dans l'époque précédente, mais moins absolue, et continuellement adoucie par les influences chrétiennes. Cette puissance cesse à l'époque du mariage; la femme passant alors sous la *baillie* de son mari : « *De coutume la femme est en la puissance de son* » *mari, autrement est de droit ecrit*[1]. » En effet, dans les pays de droit écrit, où se maintint le régime dotal, la fille ne passant pas en puissance du mari, resta soumise à la puissance paternelle[2]; mais ce droit du père devint à peu près nul quant à la personne, et se réduisit, quant aux biens, au simple usufruit des dons faits à la femme par des parents ou des étrangers. Néanmoins ce droit, gênant pour le mari, qu'il prive d'un revenu qui, ce semble, lui appartient plutôt qu'au père; gênant aussi pour la femme, puisque d'après les principes de la loi

[1] Desmares, Décision 35.

[2] Dall 'Olio, Leggi civili rom., lib. I, t. 13. Rota romana, decis : 496, p. 18, t. 2. « Etiamsi agatur de filia nupta, quæ licet subjiciatur viro quoad obsequia matrimonialia, ut innuit apostolus in Epist. I ad Corinth., nihilominus quoad alios effectus civiles, remanet sub patris potestate quæ per matrimonium non solvitur. » Ce droit est encore en vigueur dans la législation romaine actuelle.

romaine, l'enfant en puissance ne peut tester [1], ce droit incompatible d'ailleurs avec l'idée que les nations germaniques se faisaient de la puissance maritale, disparut de bonne heure de notre législation méridionale [2]. Ainsi que les lois d'Espagne, de Portugal [3] et de Naples [4], elle a généralement reçu la maxime coutumière : *Le mariage émancipe*. En ce point même la fille se trouve plus favorisée que le fils, car ce dernier n'était point émancipé pour être marié [5].

Voyons maintenant comment un père peut doter sa fille; examinons ce qu'il peut lui donner *en mariage* (*in maritagio*), pour nous servir de l'expression coutumière.

Des meubles on pouvait en général disposer à son gré; « *chacun peut donner les meubles à qui* » *il veult* [6], » est une maxime incontestée dans nos coutumes qui ne diffèrent que sur la question de rapport; les unes, dispensant la fille dotée de rapporter, parce que chacun est maître absolu de ses meubles [7]; les autres, exigeant au contraire que la fille reverse à la masse ce qu'elle a reçu, *car il n'est pas raison entre ceux qui sont frères et sœurs, que les uns aient tout et les autres nient* [8].

[1] L. 6, D. qui test. fac. poss.

[2] Boerius, Decis. 197, n° 3. Poitou, Anc. cout., § 318. *Voyez* cependant Jullien, Statuts de Prov., I, 204.

[3] Pinell., ad l. I, part 1, n° 34 et 35.

[4] Franch., Décis. 546.

[5] Poitou, Anc. cout., § 317.

[6] Marnier, Établissements de Normandie, p. 13.

[7] Marn., l. c.

[8] Beaumanoir, ch. 70, p. 353.

Quand on donnait à sa fille un fief entier, en chargeant le mari du service féodal, l'intérêt du seigneur n'était pas compromis dès qu'il agréait le nouveau possesseur[1]. Le seigneur y gagnait même, et le droit de relief, et un vassal communément plus jeune et plus actif. Restait seulement l'intérêt des héritiers auquel les coutumes avaient pourvu par de sages dispositions qui sont passées aujourd'hui dans nos codes[2]; si bien qu'il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point.

Mais dans la donation du fief entier, il y avait pour le donateur un inconvénient des plus graves, c'était la perte du fief, quand la fille venait à prédécéder sans enfants. C'était, en effet, une maxime de droit féodal incontestée, que *fief ne remonte jamais* (Pourquoi ? je le dirai plus loin). Lors donc que la femme saisie du fief, et devenue par l'hommage vassale directe du seigneur, venait à mourir sans enfants, le fief faisait retour, non pas au père, mais au seigneur.

Voici ce que les jurisconsultes imaginèrent pour parer à ce préjudice.

Quoique par sa nature le fief fût indivisible, à raison du service militaire, et que le vassal ne pût aliéner une partie de la concession, sans s'exposer à

[1] Je parle du fief tenu d'un seigneur supérieur (et c'est l'acception la plus ordinaire), car il est évident que le fief dominant, qui n'est tenu de personne, est une souveraineté qui se règle par la volonté du propriétaire, s'il n'y a des usages établis par le premier auteur.

[2] Beaumanoir, ch. XIV, p. 81. Établissem. de Normandie, p. 64. Établissem. de saint Louis, I, ch. 19 (éd. Laurière).

commettre (c'est-à-dire à perdre) le fief [1], néanmoins, on permit d'assez bonne heure au vassal, non pas d'aliéner sa terre, mais, ce qui était presque la même chose sous un nom plus doux, *de se jouer du fief* jusqu'à concurrence du tiers ou du quint, c'est-à-dire d'une portion telle que le service du fief fût censé ne point souffrir de cette sous-inféodation. Le seigneur n'avait rien à voir dans cette concession qu'il était supposé ne point connaître [2]. Le vassal, par son hommage et son service, couvrait le fief tout entier, mais aussi, par une conséquence naturelle, le seigneur n'était point tenu d'avoir égard aux droits des arrière-vassaux; et si le vassal principal laissait tomber le fief en *commise*, la dot donnée en arrière-fief était irrévocablement perdue [3].

Ce *jeu de fief* fut reçu dans toute l'Europe féo-

[1] Feud., II, 55.

[2] Anciens usages de Champagne. art. X. Établ. de Norm. (Marnier, p. 25). Si le frère donne à son frère, ou la sœur à sa sœur, ou le cousin à son cousin, partie de terre, et il en prend hommage; si celui qui en a fait hommage meurt sans hoirs, l'héritage ne reviendra pas à la table au seigneur dont il partit, mais aux prochains parents ou cousins.

[3] Laurière, sur Paris, art. 51. *Voy.* aussi un arrêt de 1259 rapporté dans les *Olim*, I, p. 449, VIII. Beaumanoir, ch. XIV, p. 83. Selon la coutume de Beauvoisis, je puis bien faire du tiers de mon fief arrière-fief, et en retenir l'hommage, si comme si je marie aucun de mes enfants; mais si j'en ôte plus du tiers, l'hommage du tiers et du surplus vient au seigneur; et en telle manière le pourrais-je faire que je pourrais plus perdre, si comme si je retenais les hommages de plus du tiers, car je cherrais en l'amende de monseigneur de LX livres pour le meffet, et si conviendrait que je garantisse à mes enfants ce que je leur aurais donné, ou le vaillant, si le sire le voulait tenir autant sans homme, comme mes enfants l'auraient tenu sans être en son hommage, laquelle chose il pourrait faire, si il lui plaisait.

dale, et se généralisa à mesure que le fief devint un patrimoine. Glanville nous le montre dans les coutumes anglo-normandes du douzième siècle, et nous explique fort nettement comment le père conservant la saisine de la terre et restant seul chargé de tout le service, garantissait la fille en parage, et se conservait ainsi le retour possible de la donation [1].

Ce fut surtout par la dot des filles, qu'on fit un fréquent usage du jeu de fief, mais on ne resta pas là, et la faveur des femmes fut assez grande pour déterminer le législateur à faire violence aux rigueurs de la loi féodale. Ainsi, par exemple, à Naples, une loi du roi Guillaume permit aux frères d'obliger le fief, pour doter leurs sœurs [2]. En Piémont, ce fut une femme, Violante de France, veuve du duc Amédée IX, et tutrice du duc Philibert, son fils, qui, par un édit du 3 juillet 1475, déclara le fief aliénable au profit des filles [3]; faveur qu'une autre femme, Blanche, tutrice du duc Charles-Jean-Amédée, étendit à l'augment de dot que les héritiers du mari devaient payer à la veuve, pour qui cette libéralité représentait le douaire dans les pays de droit écrit.

Cette part de fief ainsi donnée en mariage, restait

[1] Glanvilla, VII, 18, § 4. Et hæc est quidem causa quare de tali maritagio non solet recipi homagium. *Si enim sic esset donata terra aliqua in maritagium, vel alio modo, quod indè reciperetur homagium; tunc nunquam de cetero ad donatorem, vel ejus heredes licitè posset reverti*, ut sup. dictum est.

[2] Const. Neap., lib. III, tit. 17.

[3] *V.* Sola. Decretum Yolant. Sclopis, Storia dell'antica legislazione del Piemonte, p. 310.

en usufruit au mari survivant, quand il y avait eu des enfants du mariage, n'eussent-ils vécu qu'un seul instant. Cette disposition, qui existe dans la loi des Allemanni [1], se retrouve en plusieurs coutumiers du moyen âge [2]; c'est ce que la loi anglaise nomme encore aujourd'hui la *courtoisie d'Angleterre* [3].

Le mariage étant, en quelque façon, le douaire du mari, suivait les règles ordinaires du douaire; il était propre aux enfants de la femme [4], et se perdait par une seconde union [5].

Durant le mariage, le mari avait l'administration de la dot; mais il ne pouvait l'aliéner, du moins lorsqu'elle consistait en immeubles. Dans les coutumes même où le mari avait ce droit exorbitant, la femme survivante revenait sur l'aliénation, et pouvait dans l'an et jour de son veuvage, réclamer sa dot par *bref de mariage encombré* [6].

[1] Lex Alam., ch. 92.

[2] Regiam majestatem, II, 58, § 1. Cum terram aliquam cum uxore sua quis acceperit, in maritagio, si ex eadem heredem habuerit bragantem inter quatuor parietes, si idem vir uxorem suam supervixerit, sive vixerit heres, sive non, illi viro pacifice remanebit terra illa. Les Établissements de saint Louis, I, ch. XI, ont une disposition semblable.

[3] Littleton, sect. 35. Et est appellé le baron tenant par la curtesie d'Engleterre, pur ceo que ceo en use en nul auter realme forsque tant solement en Engleterre. Cette raison est loin d'être la vraie.

[4] *Voy.* un arrêt dans les Olim, t. I, p. 450 *inf.*

[5] Assises de l'Échiquier de l'an 1210. (Marnier, p. 121.) Il fut jugé que si le mary eut hoirs de sa femme, il tiendra son mariage tant comme il sera sans femme.

[6] C'est ce que les Olim, t. I, p. 489, nomment *maritagium impeditum*. Marnier, p. 87. *Assises de l'Echiquier de Normandie de* 1234. Heredes mariti defuncti, qui obligavit maritagium uxoris suæ, tenentur illud deliberare et ponere proprium heri-

CHAPITRE III.

Aides coutumières.

Doter son enfant n'avait, du reste, rien d'onéreux pour le seigneur féodal, car c'était une charge ordinaire du fief que les vassaux fussent obligés de contribuer au mariage de la fille; cette contribution se nommait *aide*.

Ancienne coutume de Normandie, ch. 34.

En Normandie a trois aides-chevels (qui sont appelées chevels parce qu'elles doivent être payées aux chiefs seigneurs); l'une est à faire l'aisné fils son seigneur, chevalier; *la seconde, à son aisnée fille marier;* la tierce à racheter le corps de son seigneur de prison, quand il est pris pour la guerre au duc.

Cette aide, indépendante des charges ordinaires du fief, n'était due que pour le mariage de la fille aînée [1], et par les possesseurs de fief seulement [2]; néanmoins, il n'est pas sans exemple de voir tous les habitants d'une seigneurie assujettis à une telle redevance; et, par exemple, un arrêt donné au parlement

tagium suum in manu creditorum. Hoc fuit judicatum de uxore Philippi de Monteforti defuncti.

[1] *Voy*. un arrêt de l'Échiquier de l'an 1240. Marnier, p. 184.

[2] Échiq. de 1239. Il fut jugé que les hommes de la Haie Delteil ne doibvent point ayde à l'hoir d'Harcourt de marier sa sœur, pour ce qu'ils tiennent par Bourgage leur tenement. Marnier, p. 181.

de la chandeleur 1270, avait reconnu que nos rois, par générale coutume, avaient droit de prendre taille sur tous les sujets de leur domaine, immédiatement, lorsqu'ils mariaient leur fille, et nul n'en était exempt, s'il n'avait privilége spécial [1].

L'aide était de l'usage général des fiefs; cette institution se retrouve en Angleterre, sous ce même nom d'*Aide*, en Allemagne, sous le nom de *Maritagium* [2]; et, plus tard, de *Fraülein-steuer* [3]; elle existait aussi en Aragon, pays de féodalité [4].

Le taux de cette taxe n'était point déterminé, ce semble, dans l'origine; en Angleterre c'était ce qu'on appelait un *rationabile auxilium*; mais comme les barons y mettaient fort peu de discrétion, et pressuraient leurs sujets longtemps même avant que la fille à doter fût nubile, un statut du règne d'Édouard Ier, connu sous le nom de *Confirmationes chartarum* (cap. 35) fixa cet impôt à vingt schillings pour un fief de chevalier (*Knight's fee*), et à vingt schillings pour une terre en socage d'un revenu annuel de vingt livres, et le reste en proportion, défendant, en outre, qu'on pût exiger cette aide avant que la fille eût sept ans accomplis [5]. Plus

[1] Laurière, Glossaire du D. francois, v° Ayde.

[2] Petri, de Vineis, Ep. III, c. 5 et 16.

[3] Boehmer, Princip. juris feud., § 248. Heinnec., El. jur. germ., § 243. Pour la Hollande, Mieris, Charterboek, I, 158, 222.

[4] Fueros y observancias del reyno de Aragon. Zaragoça, 1667. f° 124.

[5] Fitzherbert, Natura brevium, f° 32. Et onc n'avera cest brief, avant que son fils ait accomplishe l'age de XV ans, ne a sa fille marier avant que el soit d'age de VII ans, et ceo voet l'estatute de Westminster, prim. cap. 35. Et cesty tenant que tient pour un

tard, l'impôt fut complétement aboli par Charles II, comme un dernier vestige de féodalité [1].

En Aragon, une loi de Jean II fixa la redevance à dix sols par florin d'or, et décida que l'aide ne pourrait s'exiger que lorsque la fille aurait douze ans accomplis, et qu'elle aurait contracté mariage par paroles de présent; *et*, ajoute le roi, *encore donnerons-nous caution que dans l'année le mariage se célébrera devant sainte mère Église* [2]. En France et en Allemagne, comme en Angleterre, les vassaux s'efforcèrent constamment de faire réduire cette charge à un chiffre invariable. Un droit défini se tempère par le seul progrès des années et l'accumulation de la richesse générale.

CHAPITRE IV.

De la succession féodale.

Le fief étant une concession et non pas un patrimoine, l'idée de succession non-seulement ne lui est pas essentielle, mais on peut même dire qu'elle

fee de chivalrie sa terre paiera XX s. al seignour pur faire son fitz chivaler, ou pur sa fille marier, et nient pluis. Et cesty tenant que ad terres al annuel value de XX livres, teignant eux en socage, il paiera XX s. al seignour pur faire son fitz chivaler ou pur marier sa fille. Reeves, Story of the English Law, t. II, p. 111. Coke on Littleton, 76.

[1] Statut., 12. Carol., II, c. 24.

[2] Fueros de Aragon, f° 124. Dotes de filia legitima et natural de nos, e de nuestros successores, no se pueden demandar o exi-

lui est étrangère [1]. C'est par l'hérédité que s'est ruiné le fief, car en devenant patrimonial, il a perdu son caractère primitif. Entre la puissante volonté du seigneur et les efforts constants faits par les tenanciers pour perpétuer dans leur famille une concession originairement viagère, il s'est établi une suite de luttes et de transactions dont la législation féodale est l'expression fidèle, luttes qui furent diverses en chaque pays d'Europe, mais dont le résultat commun fut la transformation du fief en patrimoine, et la victoire de la Possession sur le Domaine.

Dans l'ancien temps, les fiefs étaient tellement au pouvoir du seigneur dominant, qu'il pouvait révoquer à son gré la donation qu'il avait faite. On en vint ensuite à concéder le fief pour un an; puis on établit qu'il resterait au vassal sa vie durant, mais sans passer aux enfants par droit de succession. Enfin on en vint à transmettre le fief à celui des fils que le seigneur agréerait; aujourd'hui le fief appartient à tous les fils également.

Ainsi parle la coutume lombarde connue sous le titre de *Liber feudorum* [2].

Je ne me rends point garant de l'exactitude his-

gir ante que la dita filia haya excedido edad de XII annos complidos, e haya contrahido matrimonio por palabras de présent; e por nos e nuestros successores sera prestada sufficiente seguridad que dentro de un año se solennizara el matrimonio en faz de santa madre Eglesia.

[1] Grand Coustumier (ed. 1539), f° 114, R°. De jure, feuda non percipiuntur mero jure hereditario; sed potius ex quadam principali providentia.... Sed hodie in regno Franciæ sunt redacta ad instar patrimoniorum, quoad jura succedendi, vendendi, transferendi, ac edendi; ut notat Jo. Faber, Inst. de Empt. et Vent., in ppio.

[2] I. Feud., 1, § 1.

torique de ce passage; les faits sont loin d'avoir cette rigueur mathématique, et l'on trouverait des fiefs héréditaires longtemps avant le dixième siècle, époque d'où l'on date ordinairement cette hérédité; mais je considère comme parfaitement juste, et puisée dans la nature même des choses, l'observation *que la transmission héréditaire du fief fut l'effet de la concession bénévole du seigneur, et non pas un droit établi par les lois.*

La grande maxime coutumière, *le mort saisit le vif,* était étrangère au droit féodal [1]. C'est ce que prouvent les procédures de la foi, de l'hommage, de la saisine, du relief, par lesquelles le nouveau vassal allait remettre la possession de son père entre les mains du seigneur, pour la reprendre à nouveau [2], et par une investiture toute directe, toute personnelle. Le fief devenant, à chaque mutation, une concession nouvelle, ne pouvait remonter à la mort du vassal, sans rencontrer, en première ligne, le seigneur concédant, dont le droit se trouvait ainsi préférable à celui du père, puisque ce dernier était étranger à l'acte de concession; de là, par une

[1] Desm., décis. 286. La coustume, que le mort saisit le vif son hoir, n'a pas lieu tant à ce qui touche le seigneur, car le fils n'est saisi ni possesseur du Fié son feu père, jusques à tant qu'il en soit en foy, et en hommage, ou souffrance du seigneur du fief; mès bien au regard des autres que du seigneur, et pourroit intenter cas de nouvelleté contre les autres, s'ils y mettoient trouble et empêchement en iceluy fief, ja soit qu'il n'en fut en foy.

[2] Britton., ch. 70. *De mort d'ancestre.* Toujours affiert que les hoirs quand ils se prennent à leur héritage par succession, souffrent leurs seigneurs faire une simple sésine sans faire nulle manière de dommage, par quoi ils soient connus à seigneurs. Const. Neap., lib. III, tit. 24.

conséquence rigoureuse, mais logique, le père qui s'était démis d'un fief en faveur de son fils, se trouvait exclu de la succession du fief même qu'il avait donné[1].

Le fief n'étant point un patrimoine, mais bien une concession viagère, toute calculée dans un but militaire, on conçoit que lorsque les fiefs devinrent héréditaires, la fille dut être exclue de la succession féodale; et cette exclusion, nous la trouvons, en effet, dans la constitution de Conrad le Salique, un des plus anciens monuments concernant l'hérédité des fiefs[2].

Chuonradi II, Edict. de Benef[3]. « Præcipimus etiam, ut cum aliquis miles, sive de majoribus, sive de minoribus, de hoc seculo migraverit, filius ejus beneficium habeat. Si vero filium non habuerit, et abiaticum[4] ex masculo filio reliquerit, pari modo beneficium habeat.—Si forte abiaticum ex filio non reliquerit, et fratrem legitimum ex parte patris habuerit, beneficium quod patris sui fuit, habeat. »

L'exclusion des filles n'étant pas la suite d'une incapacité légale comme dans les lois barbares, mais le simple effet de la concession, c'était une conséquence naturelle que là où le seigneur voulait admettre la fille, elle pouvait succéder au fief sans obstacle légitime[5].

[1] *Voy.* Laurière, sur l'art. 312 de la Coutume de Paris. Et sup., ch. 2. Philipps., Privatrecht, II, p. 133.

[2] Cet édit est de l'an 1027.

[3] Pertz, Leges, II, 39.

[4] Son petit-fils, *nepotem*, dit le gloss. Casin.

[5] Mieris, Groot Charterboek van Holland, t. I, p. 330, nous

II. Feud. 11, pr. « Ad filiam vero, seu nepotes, vel pronepotes, vel ex filia nepotes, seu pronepotes, successio feudi non pertinet. Proles enim feminini sexus, vel ex femineo sexu descendens ad hujus modi successionem aspirare non potest, *nisi ejus conditionis sit feudum, vel ex pacto acquisitum.* »

L'idée que l'investiture faisait la seule loi de la succession, était si fort dans l'esprit des coutumes féodales, que plusieurs jurisconsultes de ces anciens temps, plus logiciens que politiques, avaient compris qu'un fief féminin (comme on nommait alors les fiefs où les femmes étaient admises) était un fief qui ne devait appartenir qu'à des femmes [1]. Cette conclusion a été, du reste, admise par les juristes anglais, sévères observateurs de la lettre de la loi; et aujourd'hui encore, une tenure constituée comme on dit, en *tail female*, ne passe qu'aux femmes, héritières par des femmes, et ne peut appartenir aux héritiers mâles de la tenancière, quelque proches qu'ils puissent être [2].

a conservé un diplôme qui peut nous donner une idée de ce que furent ces concessions féodales. Ego Theodericus de Wassenare, notum facio universis, præsentia visuris, quod omnia feodalia bona quæ dominus A de Duvenvoirde, cognatus meus, a me tenet, propter favorem dilectionis suæ, post mortem ejus, legitimis heredibus suis dicta bona contuli sub nomine feodali. Ita sive sint filii aut filiæ, semper senior ex ipsis eadem bona a me obtinebit, et sic gradatim quamdiu aliquis ex iis vixerit, tam de filiis quam de filiabus (anno 1258). *Ibid.*, p. 202 (an. 1226).

[1] I. Feud. 30, pr. Gans Erbrecht, III, 218.

[2] Giffords, English Lawyer, p. 478. « In case of an entail male, the heirs female shall never inherit, nor any derived from them; nor, *è converso* the heirs male in case of a gift entail female. *And as the heir male must convey his descent wholly by male, so must the heir female wholly by females.* And therefore if a man have two estates tail, the one in tail male, and the other in

Dans le reste de l'Europe, où l'on a suivi l'esprit plus que la lettre de la concession, on a rattaché l'exclusion des femmes aux anciennes coutumes germaniques; elles ont été écartées de la succession des fiefs, « *Quia nec guerram facere, nec faidam* » *levare possunt* », comme dit un vieux glossateur des fiefs, cité par Cujas [1], parce qu'elles sont incapables de poursuivre la vengeance de la famille; et quand la concession est venue faire violence aux idées reçues, on l'a interprétée dans le sens le plus favorable aux héritiers mâles, et l'on n'a vu dans l'appel des femmes, qu'un emprunt fait à la législation allodiale, qui appelle la fille à la succession, seulement quand il n'y a point de frère qui vienne l'exclure [2].

Dans le livre des fiefs, cette faveur est tellement exceptionnelle, qu'on ne l'étend jamais au delà des termes du contrat, rigoureusement entendus. Si à la mort du vassal il se présente un héritier mâle, en dégré utile, le droit de la femme est épuisé à tout jamais, alors même que cet héritier viendrait à mourir sans descendants; et ainsi, à la mort du frère, on n'appellera à la succession du fief paternel, ni la sœur, ni les enfants de la sœur.

tail female; and he have issue a daughter, which daughter have issue a son, this grandson can succeed to neither of the estates, for he cannot convey his descent wholly either in the male or female line. »

[1] Au commencement de son Commentaire sur le livre des fiefs.

[2] Feud. 8, § 2. « Filia non succedit in feudo, nisi investitura fuerit facta in patre, ut filii et filiæ succedant in feudum; tunc enim succedit filia, filiis non extantibus.

I. Feud. 6, l. 1. « *Quin etiam si quis eo tenore*
» *feudum acceperit, ut ejus descendentes masculi*
» *et feminæ illud habere possint; relicto masculo*
» *ulterius feminæ non admittuntur* ».

CHAPITRE V.

Comment les filles furent admises à la succession des fiefs en ligne directe.

Au commencement, avons-nous dit, l'exclusion absolue fut de règle dans les successions féodales; en ce point, le droit féodal différait du droit commun qui, généralement, appelait les femmes à la succession, au défaut de parents mâles du même degré. Le Miroir de Saxe nous montre les deux législations en présence; tandis que la coutume féodale (*Lehnrecht*) repousse absolument les femmes [1], le droit commun (*Landrecht*) les admet sans difficulté quand il n'y a point de frères [2]; le Miroir de Souabe, plus favorable encore, ne donne au fils qu'un préciput, le principal manoir, *daz Ansidel da der Vater uffe sats* (la *sedes paterna* de la loi des

[1] Lehnrecht, art. 2, 5, 6, et le Vetus auctor de Beneficiis, I, § 25. « Sic et homo, carens filio, hereditat in dominum possessionem beneficii sicut et beneficium, nisi dominus concesserit alicui expectationem beneficii. » Sydow. Erbrecht, note 221.

[2] Landrecht, I, 17. « Stirft die Man ane Kint, sin Vader nimt sin Erve; ne hevet he das Vader nicht, it nimt sin Muder mit mereme rechte, dan sin Bruder. Vader unde Muder, Suster unde Bruder Erve nimt de Sone unde nicht de Dochter; it ne si dat dar nen Sone ne si, so nimt it de Dochter. »

Allemands, tit. 56) ; les autres héritages sont partagés également[1]. Quand je dis que le droit féodal repousse les femmes, ceci doit s'entendre de l'usage commun, car toutes les fois qu'il y a concession expresse, nulle loi ne s'oppose à la réalisation de la volonté toute-puissante du donateur. C'est ainsi que le *Lehnrecht* lui-même reconnaît aux femmes le droit de tenir les fiefs de l'Empire qui leur sont donnés[2], et Pertz nous a donné une constitution de l'empereur Albert, de l'an 1299, qui, tout en faisant de l'exclusion des femmes la règle commune de la succession féodale, ordonne cependant de respecter la volonté du seigneur, quand elle appelle les filles à l'héritage du fief[3].

Il est évident qu'à cette époque, le droit commun a gagné sur la coutume féodale, et il n'en pouvait être autrement; le fief devenant un patrimoine, il

[1] Schwäbisches Landrecht, c. 285 (ed. Senkenb).

[2] Schwäbisches Lehnrecht, III, § 1. « Empfahet ein Pfaffe, ader ain Frawe des Riches gut zu Lehen von dem Rich, daz mugen sie wol erben, und mugen dem Gut nachvolgen an ainen andern herren, ob baidiu Pfaff unde Frawe von Ritter art sint.

[3] Pertz, Leges, II, 471. « Nos, Albertus, Dei gratia, Romanorum rex, semper Augustus, ad universorum sacri romani imperii fidelium notitiam voluimus pervenire, quod anno Domini 1299, indictionis II, 10 calendas martis, nobis pro tribunali sedentibus, per venerabilem Wicboldum archiepiscopum, sententialiter quæsitum fuit : *Utrum filia in bonis feodalibus jure hereditario suis parentibus succedere possit vel non?* Quod ibidem per principum, nobilium, ministerialium et militum tunc nostro consistorio astantium sententiam extitit diffinitum, quod nulla filia vel mulier possit in bonis feodalibus succedere, *nisi de plenaria voluntate domini feodi et consensu.* » Mais un demi-siècle avant cette décision, je vois Marguerite de Flandre posséder des fiefs de l'Empire. Mieris, Groot Charterboek van Holland, I, 268.

fallait bien qu'il se réglât par la loi des patrimoines, c'est-à-dire par le *Landrecht*.

D'ailleurs, tout portait à cette révolution. Quels que soient les caprices du législateur, quelles que soient les nécessités qui fassent violence aux penchants naturels du cœur humain, il faut tôt ou tard que ces penchants reprennent leur direction, et qu'ils tournent la résistance légale, ou l'emportent d'assaut. Or, il y a dans le cœur humain deux grands sentiments que rien n'efface, deux instincts que rien n'arrête. Le premier, c'est le désir inné de posséder en propre pour soi et pour les siens, la terre que l'on féconde par ses labeurs; le second, c'est de partager également entre des enfants qu'on aime également, le fruit de ses peines et de ses fatigues; et il semble même que dans la division de l'héritage, les filles aient droit à la meilleure portion. Ne sont-elles pas les plus faibles, les moins capables de gagner par elles-mêmes cette fortune, objet des désirs de tous les hommes! La loi féodale qui contrariait ces deux penchants du cœur humain dut enfin céder. La première victoire fut l'hérédité conquise dès le dixième siècle; la seconde fut la succession des filles, conquête plus lente, et qui, en Allemagne, par exemple, n'arriva guère que vers la fin du treizième siècle, comme le prouve la constitution de l'empereur Albert, que nous venons de donner[1].

[1] Eichhorn, R. G., §§ 428 et 454. Pour la Suisse, Bluntschli nous donne la date exacte de quelques statuts qui ont admis les femmes à la succession féodale. Tels sont un *Richte Brief* de Zurich, de l'an 1269, et une coutume de Winterthur, de l'an 1297. Dans cette dernière coutume, la succession des filles est un privi-

Mais le triomphe des filles ne fût pas complet, et tout ce qu'elles gagnèrent, fut que le *Lehnrecht* ramené aux proportions du *Landrecht*, elles succédèrent au fief comme à la terre, quand elles ne concoururent pas avec des héritiers mâles du même degré [1].

En France [2], en Angleterre [3], en Flandre, en Hollande [4], dans la haute Italie, dans le royaume de Naples [5], je vois de bonne heure les filles appelées,

lége concédé à la ville par Rodolphe de Habsbourg. « Dü dritte Genade ist, die wir inen gesezzet und gegeben hain, das dü Lehn dü sü hant von der herschefte von Kyburg suln ir Tochter an erben, als ir Sune, ob da enkain Sun ist. » (Bluntsch., I, 181.)

[1] Un adage hollandais résume ainsi la succession féodale :

> Den naesten in graed,
> Den oudsten op straet,
> De mans voor vrouwen,
> Siet men ein Hollands leen behouwen.

[2] Assises de Jérusalem, haute cour, ch. 385 (édit. La Thaumassière). « L'hoir mâle hérite en tous les héritages, devant l'hoir femelle, si la femelle n'appartient de plus près que l'hoir mâle à celui de par qui le fief, et la seigneurie, ou l'héritage leur est échu, de celle part dont le fief vient. »

[3] Britton, ch. 119. « Le mâle est recevable, et la femme reboutable tant comme il y a mâle apparent d'un père et d'une mère. »

Bracton, II, 30. « Item sexus facit heredem propinquiorem, ut si quis hæreditatem habens, et uxorem genuerit ex se filium vel filiam unam, vel plures, si omnes fuerint heredes antecessoris, masculus sexus semper in successione præferri debet sexui femineo, *nunquam enim ad successionem vocatur femina, quamdiu aliquis heres superfuerit ex masculis*, nisi contrarium faciat modus donationis. » Glanville, VII, c. 3, § 6.

[4] Mieris, G oot Charterboek, I, 212, 263.

[5] Constit. Neap., lib. III, tit. 26. Imp. Federicus : In aliquibus regni nostri partibus consuetudinem pravam audivimus hactenus obtinuisse : quod in bonis comitis, baronis, vel militis, quum decesserit filiis masculis non relictis, filiæ non succedunt sed consanguinei quantumcumque remoti masculini sexus tam balium

au défaut d'héritiers mâles du même degré. On peut dire que cette coutume est générale, quoiqu'il arrive quelquefois que les filles soient exclues par les agnats d'un degré plus éloigné; et, en définitive, c'est la coutume germanique qui se fait jour au travers des complications féodales; mais je ne puis me lasser de le répéter, le fief étant un contrat, il ne faut pas plus s'étonner des diversités de la loi successorale, qu'il ne faut s'émerveiller aujourd'hui de ce que tous les baux ne se ressemblent pas.

Les assises de Jérusalem, telles que nous les possédons aujourd'hui dans la compilation d'Ibelin,

puellarum ipsarum post mortem patris accipiunt, quam successionem usurpant, et ipsas pro ipsorum dispositione maritant. Quod quidem et naturæ dignoscitur esse contrarium quæ parentum votis absque discretione sexus tam masculos quam feminas commendavit, et juri tam communi quam nostro specialiter derogatur.

Hac igitur lege nostra per universas partes et singulas regni nostri valitura, sancimus patre mortuo tam filios quam filias puberes aut majores, minoresve ad parentum successiones absque sexus discretione vocari. Si autem filii masculini una cum filiabus feminis aut etiam sororibus patri decedenti supersint cujuscumque conditionis pater fuerit, Francus videlicet, aut etiam Longobardus, vel miles Burgensis, in successione bonorum præferri volumus masculos feminis, dum tamen sorores aut amitas, fratres aut nepotes, pro modo facultatum suarum et filiorum superstitum numero, secundum paragium debeant maritare.

Ceterum si tantum feminæ superstites fuerint, ipsas, si majores sint, exclusis aliis consanguineis, volumus ad successionem admitti. Si vero minores filiæ comitum, baronum aut militum superstites fuerint, ipsarum balium nostra excellentia recipiat ipsum vel sibi tenendum, vel alii qui illud ex fide gerere debent juxta approbatam regni consuetudinem, concedendum. Ac deinde ipsas cum ad nubilem ætatem pervenerint, et balium nostrum vel alterius supervenientem quindecim annum excesserint, de provisione mansuetudinis nostræ, Deum habentes præ oculis, cum bonis omnibus quæ patris fuerunt, secundum paragium curabimus maritare.

nous présentent les femmes favorisées par la législation. L'intérêt du service militaire faisant prohiber la réunion de deux fiefs dans une même main (un même chevalier ne pouvant faire double service), on se servit de cette prohibition pour appeler les filles en concurrence avec les fils, lorsqu'il y avait plusieurs fiefs à partager.

« Et se il y a plus fiés qui deivent hommage et service de corps que heirs masles, et il y ait heirs femelles atteignant le dit degré à celui de par qui les fiés escheent, et il y a tantes filles comme il y a fiés remés, chascune d'elles en aura un, si comme est avant dit des heirs masles [1] »

Mais je ne puis douter que ce droit de l'Assise ne fût singulier et contraire à la coutume générale des fiefs que Philippe de Navarre, plus ancien que Jean d'Ibelin, nous a conservée dans toute sa pureté [2].

« Le seigneur demandait le service du fief, selon l'assise pour ce que la mort avait plusieurs hoirs, car la fille est hoir, et l'hoir mâle disait, sauf l'honneur du seigneur, que fille n'est pas hoir. là où il y a hoir mâle.... et de tel endroit ouy-je parler à monseigneur de Baruth le vieil maintes fois, et disait que s'il n'y eût eu que fils d'un jour, et il eût quarante filles, n'y auraient-elles droit, car fille ne peut être droit hoir devant fils. Et l'assise fut faite pour l'avantage du droit hoir.

[1] Livre de Jean d'Ibelin, ch. 148, éd. Beugnot, p. 224.
[2] Philippe de Navarre, ch. 69, éd. Beugnot, p. 539.

CHAPITRE VI.

Du partage entre sœurs.

L'hérédité du fief amena le droit d'aînesse; le fief ne pouvant se diviser sans affaiblir le service, et, par conséquent, sans porter préjudice au seigneur, il fallut un vassal à qui seul on remît la terre et la fonction; l'aîné semblait naturellement désigné pour cette préférence; aussi le droit d'aînesse parmi les mâles, se trouve-t-il de bonne heure dans la plupart des législations féodales.

Mais pour les filles admises, en général, à une époque où faiblissait la rigueur du service militaire, il semble que la législation ait été dirigée par un autre esprit. Communément le droit d'aînesse n'existe point entre sœurs [1], ou se réduit à un simple préciput.

Établissements, I, 10. « Gentilhomme s'il n'a que filles, tout autant prendra l'une comme l'autre, mais l'aînée aura les hébergements en avantage, et un coq s'il y est; et s'il n'y est, cinq sols de rente et guerra aux autres parage [1].

[1] *Voy.* Philpp. de Navarre, ch. 71. Établiss. de Norm., Marnier, p. 20 et 70. Cout. d'Anjou, 227, 232. Beaumanoir, ch. 14, p. 80. « Marie Gencien, femme, proposa contre Jeanne sa sœur mains née, qu'elle devait avoir l'hommage d'elle de la moitié du fief qui leur était descendu de leur père et de leur mère, et demandait à avoir le chief manoir hors partie. A ce répond Jeanne, qu'entre sœurs n'avait point d'aînesse, pourquoi elle voulait partir en sa maison et en l'héritage moitié à moitié, et venir de sa

Littleton, liv. III, § 241. « *Parceners*, selon le cours de la commune loi, sont lorsqu'un homme ou femme saisis de certaines terres ou tennements en *fee simple*, ou en *taile*, n'a d'issue fors que filles, et dévie, et les tenements descendront aux issues, et les filles entreront en les terres ou tenements ainsi descendus à eux, et quanques filles elles sont, elles sont parceners, et sont fors qu'un hoir à leur ancêtre, et elles sont appelées parceners, parce que par le bref qui est appelé bref *de participatione facienda*, la loi veut les contraindre que partition soit faite entre elles[1]. »

Le système français diffère du système anglais, comme on peut juger par la comparaison de ces deux passages. Dans les établissements, il y a une espèce de droit d'aînesse, puisque l'aînée garantit ses sœurs en *parage*, et les représente devant le seigneur. Chez nos voisins, au contraire, chaque *parcener* peut demander le partage, et jouir, de son chef, de la part qui lui revient. Cette part, la fille la tient directement du chef seigneur; ainsi, du moins, l'établit le statut de Morton, du règne de Henri II[2]. Ce statut décide qu'en Angleterre et en Irlande, les sœurs, vassales de la couronne, tiendront directement du roi, et que, dans les baronies, l'aînée continuera de couvrir ses sœurs quant à l'hommage féodal, mais que la garde et le mariage appartiendront au chef

partie à l'hommage de son seigneur, et sur ce se mirent en droit. Il fut jugé que Marie, l'aînée sœur, emporterait le manoir, hors part, et de la moitié de l'autre domaine elle aurait l'hommage de sa sœur mains née. Pourquoi il appert que sœur n'a aînesse fors au manoir. » Grand Coutumier, f° 118, v°.

[1] Le paragraphe suivant déclare que les sœurs sont également *Parceners* entre elles. Dalrymple, Upon succession or descent. Edimb., 1747, p. 134 et ss.

[2] En France, il y eut aussi une ordonnance semblable, rendue par Philippe Auguste. Ordonn., I, 29. Olim., t. I, p. 47 et 424.

seigneur. Les barons normands tiraient un trop bon profit de la tutelle et du mariage de leurs tenancières, pour négliger une si belle occasion d'accroître leurs revenus; ils n'avaient garde, pour me servir de leurs expressions hypocrites, de laisser dévorer ces agneaux par d'autres loups que le loup féodal [1].

En certaines coutumes, néanmoins, il y avait pour les filles un véritable droit d'aînesse, droit aussi absolu que celui du fils [2]. Laurière nous a conservé, à ce sujet, un précieux monument relatif aux coutumes de Touraine, de Maine et d'Anjou [3]; et ce privilége de l'aînée se retrouve même en collatérale, dans les établissements de saint Louis [4]. Pithou cite un établissement de la reine Blanche, de l'an 1212, qui aurait établi ce droit d'aînesse, au moins pour les fiefs champenois [5]. Mais on peut dire que cette disposition est exceptionnelle; et que l'esprit général de la législation fut de n'admettre aucune inégalité entre les sœurs. L'égalité est parfaite dans le Grand Coutumier [6], dont la coutume de Paris a gardé les dispositions [7].

[1] Si primogenita homagium post natis sororibus suis acciperet, esset quasi domina earum et filiorum suorum, et hoc esset quasi committere agnum lupo devorandum, etc. *Voy.* aussi Regiam majestatem, lib. II, c. 28 et 29. Et Coke sur Littleton, f° 241.

[2] Pour la Hollande, Mieris, Groot Charterboek, I, p. 202.

[3] Gloss. du droit français, v° Baronie. Chauny, art. 70, 71.

[4] Établissem., I, 21.

[5] Pithou, sur Troyes, art. 14.

[6] Édit Goth. de 1536, liv. 1, tit. 2, ch. 29. « Le seigneur a quatre filles, puis meurt, comment se partiront les fiefs? Réponse : Autant aura l'une comme l'autre, et ne racheteront pas parce qu'elles succèdent en droite ligne. »

[7] Cont. de Paris, art. XIX.

En collatérale, il n'y avait de droit d'aînesse qu'autant que le fief était indivisible, ce qui, à mesure que s'affaiblit la féodalité, n'eut plus lieu que pour un certain nombre de grandes baronies. Mais quand le fief était partageable, il n'y avait point de droit d'aînesse, même pour les mâles, à plus forte raison pour les femmes.

Beaumanoir, ch. XIV. « En échoite de côté n'a point d'aînesse, ains emportent autant les uns comme les autres, et va chacun à l'hommage du seigneur[1]. »

CHAPITRE VII.

De la succession des filles en collatérale.

Les collatéraux ne furent certainement appelés à la succession que longtemps après l'hérédité des fiefs établie. Quand nous n'aurions pas sur ce point des constitutions expresses, telles que celle de l'empereur Lothaire[2], ce que nous apprennent les coutumes lombardes ne pourrait nous laisser aucun doute à cet égard[3].

[1] *Voy.* Établiss. de Normandie, Marnier, p. 13.

[2] Const. de Lothaire Ier, anno 1133, ap. Pertz, Leges, II, addit. p. 184, § 2. « Si quis adquisierit beneficium et sine filio masculo decesserit, et fratrem reliquerit, non succedat frater fratri, sed dominus habeat; nisi per investituram a domino factam ordinatum fuerit ut frater succedat fratri, si mortuus fuerit sine herede masculo. » Le caractère contractuel de la succession féodale reparaît toujours.

[3] I. Feud. 1, § 3. « Hoc quoque sciendum est quod beneficium ad venientes ex latere ultra fratres patrueles non progreditur suc-

En France, les femmes paraissent avoir été longtemps exclues des successions collatérales. « En beaucoup de lieux, dit Juvénal des Ursins [1], et mesmement en la vicomté de Paris, comme l'on dict, filles en ligne collatérale ne succèdent point en fiefs nobles ».

Les filles admises en collatérale ne concoururent point avec les mâles du même degré; c'est là une maxime de l'usage général des fiefs [2].

Qu'il en dût être ainsi, cela se conçoit aisément, si l'on veut réfléchir à ce que j'ai dit plus haut sur l'ordre successoral des lois barbares [1], ordre qui s'est reproduit dans la succession féodale, toutes les fois que les nécessités du service militaire ne l'ont pas contrarié : c'est que pour le fief, comme pour l'alleu, il n'y a jamais qu'une succession directe, puisque pour fixer les droits des collatéraux, on remonte

cessione, secundum usum ab antiquis sapientibus constitutum licet moderno tempore usque ad septimum geniculum sit usurpatum, quod in masculis descendentibus novo jure, usque in infinitum extenditur. » *Voy.* aussi pour l'Espagne, la réclamation des grands aux cortès de Guadalajarra, en 1390. Sempere, Historia de los vinculos, p. 228.

[1] Cité par Pithou, sur Troyes, art. 15.

[2] Anc. coutum. de Champ., art. 8. « Coutume est en Champagne que sœurs ne prennent nient en échoite qui vienne de côté contre ses frères. C'est à savoir d'eschéance qui vienne de fié. Et d'eschéance qui meuve d'alleu ou de censive, une sœur prend contre un frère. » *Voy.* l'art. 15 *ibid.* Beaumanoir, ch. XIV, p. 80. Bouteillier, tit. LXVIII, p. 458 (éd. Charond). Grand Coutumier, liv. II, chap. de Saisine de fié (édit. 1539, f° 110, r°). Coutumes notoires, ch. 71. Cout. de Paris, art. 25 et les notes de Laurière. Pour l'Allemagne, Pertz, Leges, II, 278, nous a donné une sentence de l'empereur Henri de l'an 1230, qui déclare positivement : « Quod, in generali, nulla mulier in aliquo feodo, ratione hereditatis, fratri suo succedere possit. »

toujours à l'auteur commun le plus proche. Ainsi, quand le possesseur du fief est mort sans héritiers directs, on ne se détermine point pour fixer l'ordre héréditaire sur la proximité du degré; mais on appelle les héritiers directs du prédécesseur dans le fief. A défaut d'héritiers directs du prédécesseur, on appelle les successeurs directs du précédent possesseur, et l'on remonte ainsi jusqu'à la première souche, en rétablissant toujours la succession directe; si bien que des collatéraux très-proches du défunt, des frères utérins, par exemple, qui ne sont pas dans la descendance, dans la ligne du premier possesseur (je suppose le fief paternel), ne peuvent jamais succéder au fief, et sont exclus par le seigneur.

Coutumes notoires jugées au Châtelet de Paris : Art. 92. Si aucun meurt, qui a cosins de par son père, et n'a point de lignage de par sa mère, *vel e contra*, les biens qui lui viennent de par sa mère, sont à son seigneur comme vacants, et non pas à ses amis de par son père [1].

L'ordre de succession, ainsi ramené à la ligne directe, c'était une conséquence inévitable que la sœur fût exclue par le frère, et même par les descendants du frère [2], comme la fille était exclue par le fils, ou les descendants du fils. Seulement, et parce qu'en collatérale, les droits de la femme paraissaient moins sacrés, on ne modifia pas la sévérité

[1] *Voy.* Desmares, Décis., 184.

[2] Nivernais, Des Succes., art. 14 et 15. Sachsenspiegel, I, 17.

des lois féodales; il n'y eut point pour la sœur la réserve du tiers ou du quint dont profita la fille. Cette exclusion, adoucie par le droit de représentation, qui donnait à la fille le droit qu'aurait eu son père, a duré jusqu'à la révolution française, qui a porté le dernier coup à la féodalité, et proclamé l'égalité des sexes devant la loi civile, comme elle a proclamé l'égalité des citoyens devant la loi politique.

CHAPITRE VIII.

De la légitime.

Encore bien que la fille fût exclue de la succession du fief, quand elle concourait avec des frères, il ne faut pas croire qu'elle n'eût aucune part dans l'héritage paternel. Sans doute, la coutume féodale ne lui reconnut aucun droit, tant que le service et le fief furent tous deux indivisibles; mais de bonne heure la loi civile força la main à la loi féodale, et obligea le frère à indemniser ses sœurs en les établissant [1].

[1] C'est ce qu'explique fort bien, dans l'intérêt des puînés, le Miroir de Saxe, I, 14. « Il est sans doute conforme au droit féodal que le seigneur ne concède le fief qu'à un seul des enfants; mais il n'est pas conforme au droit civil, que ce fils préféré conserve seul le fief et ne donne point à ses frères la part avenante. »
« Al si't *Lenrecht,* dat de Herre nicht ne lie mer eme Sone sines Vaders Len, *it n'is doch nicht Lantrecht*, dat he't al ene behalde, he ne irstade't sinen Brüderen, na deme dat is in Gebord an der Lene. »

Anc. cout d'Artois [1], XI, 24. « Baronie ne se départ mie entre frères, si le père ne leur a fait partie, mais l'aîné doit avenant bienfait aux puînés, et si doit marier les filles si elles y sont [2]. »

Établissem. de Normandie [3]. » Si aucun hoir a une sœur, il la mariera de sa partie de la terre de son père, ou de son chattel, à son pouvoir, raisonnablement et en parage, et en tenement, si elle ne le forfait par vivre mauvaisement et luxurieusement. »

Les coutumes lombardes, les constitutions de Sicile [4], les coutumes des nobles d'Allemagne [5], obligent également les frères à donner aux sœurs un mariage avenant.

Dans cette obligation de marier les sœurs, il faut voir, peut-être moins une victoire de l'équité naturelle sur la rigueur des lois féodales, qu'un souvenir du *Mundium* qui faisait du frère le représentant du père, quand ce dernier n'existait plus. Mais voici maintenant où paraît le triomphe des idées nouvelles.

Dans nos coutumiers du treizième et du quatorzième siècle, on s'éloigne de la sévérité féodale, restée

[1] Publié par Maillard à la suite des Cout. d'Art. 2, édit. f°.

[2] *Voy.* aussi Établissements de saint Louis, I, 24.

[3] Marnier, p. 11.

[4] Const. Sicul., lib. III, tit. 23. » Si autem filii masculi una cum filiabus feminis, aut etiam sororibus, patri decedenti supersint cujuscumque conditionis pater fuerit, Francus videlicet, aut etiam Longobardus, vel miles Burgensis, in successione bonorum præferri volumus masculos feminis; dum tamen sorores aut amitas, fratres aut nepotes, pro modo facultatum suarum et filiorum superstitum numero, secundum paragium debeant maritare. »

[5] Boem. Ritter recht., tit. II, § 1 « Es sollen des Verstorbenen Sone, so das Erbstammgut vorausnehmen, ir Schwestern davon nach aller Nothdurft unterhalten und..... aussteuern, und alsdann einer jeglichen ein ziemlich Ehegeld oder Mitgift..... nach irem Stande und Vermogen..... zu geben.... schuldig seyn. »

dans les usages normands, et au nom de l'humanité qui crie pour les sœurs, on attaque l'indivisibilité du fief, et l'on fait au système féodal une de ces brèches profondes qui devaient nécessairement amener sa ruine. On donne à la fille une part dans le fief, devenu patrimoine, et cette part est considérable, car elle peut aller jusqu'au tiers de la tenure.

Beauman., ch. XIV. « Si l'héritage descend aux enfants où il y ait hoir mâle, l'hoir mâle emporte le chef manoir hors part, et après les deux parts de chaque fief. Et le tiers qui demeure doit être départi entre les mainsnés également autant à l'un comme l'autre, soient frères, soient sœurs, et de leurs partie ils viennent en l'hommage de leur frère aîné. »

Remarquez que la révolution se fait, comme toutes les variations des lois romaines, sourdement et en sauvant les apparences. Le seigneur ne connaît pas d'abord les possesseurs de ce tiers, que la coutume attribue aux puînés et aux filles; c'est le frère qui reçoit l'hommage et qui, seul, répond du service[1]; mais peu à peu le droit s'établit, et quand il est incontesté, le seigneur demande que la fille tienne directement de lui, pour profiter seul des droits utiles du fief. C'est ce qu'établit une ordonnance de Philippe-Auguste, qui nous est restée[2]; mais cette ordonnance ne semble pas s'être étendue bien loin, car dans la plupart de nos coutumes, il est au choix de la sœur de tenir sa légitime (réduite d'ordinaire au

[1] Laur., sur Paris, art. 35.
[2] Ordon., I, 29. *Voy.* aussi Olim, I, p. 47, 424 et 730.

quint des propres), soit de son frère, soit immédiatement du chef seigneur[1].

Une fois cette part tenue directement du seigneur, la portion du fief devient elle-même un fief, les tenures se partagent et se brisent, et par ce morcellement préparent de jour en jour la destruction de la féodalité.

CHAPITRE IX.

De la renonciation des filles et des effets de cette renonciation.

Ce que nous venons de dire au sujet d'une légitime, ne s'applique qu'aux filles restées dans la maison paternelle; il en était autrement pour les filles établies, que les lois barbares considèrent, en quelque façon, comme émancipées et sorties de la famille, ou plutôt comme ayant touché leur part de succession dans la dot.

Lombarda, II, tit. XLV, § 14. « Si pater filiam suam, vel frater sororem suam legitimam alii ad maritum dederit, in hoc sibi sit contenta de patris aut fratris substantia, quantum ei pater aut frater in die nuptiarum dederit, et amplius non requirat[2]. »

Les coutumes les plus anciennes donnent, en général, à la fille dotée, le droit de se tenir à sa dot,

[1] Bouteiller, Somme rurale, ch. 79, p. 469. Laurière, sur Paris, art. 35.

[2] *Voy.* aussi L. Bajuv., I, 1, L. Burg., I, 1.

ou de rapporter et de venir à partage[1]; quelques coutumes postérieures sont plus rigoureuses; elles considèrent la fille comme n'ayant plus aucun droit à la fortune paternelle, dès que le père l'a dotée, ne fût-ce que d'*un chapel de roses*[2].

Cette rigueur, toute féodale, se retrouve en une foule de coutumes municipales de France, d'Italie et d'Allemagne[3], et ce ne fut pas un des moindres emprunts que ces coutumes firent aux usages des nobles[4].

Par un phénomène remarquable, ces exclusions, coutumières dans certaines provinces, contractuelles en d'autres pays, se généralisèrent dans toute l'Europe vers le treizième siècle, alors que l'influence des idées romaines préparait dans la législation l'égalité des sexes. Les renonciations sont une des phases de ce mouvement nobiliaire qui succéda au mouvement féodal. Le triomphe de l'égalité allait être amené par les lois romaines, quand, chose bizarre, les jurisconsultes, dominés par l'esprit féodal, se

[1] Pour l'Allemagne, Sachsensp., I, 13, § 1. Schwabensp., c. 285, § 7. Pour la France, Beaumanoir, ch. XIII, p. 80. Établis. de Norm., Marnier, p. 601, Établissements de saint Louis, chap. IX. Pour la Hollande, Mieris, I, 162.

[2] Bretag., 227. Anjou, 241. Maine, 241. Auverg., ch. XII.

[3] Ce fut le grand Frédéric qui abolit ce droit rigoureux dans les provinces de son domaine. Mittermaïer, Gruntsætze, § 405. Eichhorn, Privat recht, § 347.

[4] Zasius, ad l. 61 de V. O. cap. 2, concl. 3. « Nam quamvis civitates non habeant hujus modi consuetudines in Germania, tamen nobiles communiter habent hæc statuta, maxime comites, sicut comites de Bitsch et domini de Rapolstein, quibus ego feci, quod deinceps non est necesse filias renunciare cum sint statuto exclusæ; nihilominus renunciant ad cautelam abundantem. »

servirent des formes romaines pour arrêter le progrès des idées sages et humaines que le droit romain introduisait dans la législation. Dans la crainte que les filles appelées à partager, ne portassent le patrimoine commun dans une famille étrangère, on les fit renoncer par contrat de mariage, à la future succession, toutes les fois que la coutume était muette sur leur exclusion. Cette renonciation était de toute nullité suivant les lois romaines; aussi se servit-on du grand moyen avec lequel, au moyen âge, on pouvait tout faire et tout oser en législation; la fille confirma la renonciation par serment [1]. Si l'on en croit Laurière, ces renonciations furent une importation italienne, qui fit invasion dans nos coutumes françaises; le premier essai que j'en trouve fut en effet dans nos législations du Midi [2], et ces renonciations sont fort anciennes dans les diplômes italiens.

Cette renonciation, qu'on le remarque bien, était, malgré sa rigueur, un progrès des idées romaines sur les idées féodales, car elle reconnaissait à la fille un droit de succession en concurrence avec le frère, et elle lui réservait même ce droit pour le cas où la descendance mâle des fils viendrait à

[1] Cout. 2, de Pactis. sext., l. I, tit. 18. Bonifacius (an. 1299 Romæ). « Quamvis pactum patris factum a filia dum nuptiis tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbat lex civilis; si tamen juramento, non vi, nec dolo præstito, firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit, cum non vergat in æternæ salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum. » La première raison ne prouve rien, et la seconde est fausse. Laurière, sur Loisel, II, v. 25.

[2] Arrêt de 1261. Olim, t. I, p. 139.

s'éteindre [1]. La loi féodale n'avait jamais été si loin.

Mais ces renonciations suivies de réserves donnèrent lieu à de graves difficultés quand il se trouva des filles du défunt en concurrence avec les filles d'un précédent possesseur. La renonciation de ces dernières n'ayant eu lieu que dans l'intérêt des héritiers mâles, ne devait-on pas les préférer aux filles du défunt, plus éloignées de la souche commune, et qui n'avaient qu'un titre postérieur? D'autre part, le défunt ayant été saisi d'un fief, ne devait-on pas, conformément à la loi féodale, regarder le droit des sœurs comme épuisé, du moins tant qu'il restait des héritiers directs [2]?

Cette question délicate, dont la décision dépendait de l'esprit du contrat primitif, et qui, de plus, se compliquait souvent de dispositions intermédiaires, donnait trop beau jeu aux politiques pour que chaque partie intéressée ne prît pas, dès qu'il s'agissait d'un trône, le parti qui souriait le mieux à ses désirs. C'est ce qui parut dans les fameuses guerres de succession, comme je le dirai à la fin de ce mémoire. Deux fois dans le dernier siècle, les renonciations ont mis l'Europe en feu; deux fois, je puis le dire, la question au point de vue juridique, n'était point douteuse; mais pour l'ambition des hommes, tout prétexte est bon, quand une couronne est l'enjeu de la partie.

[1] C'est ce que signifient la formule allemande : *auf der ledigen anfall*; et la formule française : *tant qu'il y a hoir mâle ou descendant d'hoir mâle*.

[2] Selchow, Elem. jur. germ. (§ 506-510). Eichhorn, R. G., § 454.

CHAPITRE X.

Du testament.

Nous avons vu que les Germains n'étaient point favorables aux dispositions testamentaires; ils voulaient avant tout assurer la conservation des biens dans la famille; la loi féodale fut également opposée aux dispositions testamentaires, mais par un autre esprit; le fief étant une concession seigneuriale, le tenancier ne pouvait avoir le droit d'en disposer sans l'agrément du seigneur [1]. Au jour de sa mort, son droit sur le fief était épuisé; l'héritier appelé (comme aujourd'hui le substitué), non par la loi, mais par le contrat, succédait de son chef, et n'était nullement tenu de respecter une volonté étrangère [2].

Aussi, dans les pays où la féodalité se maintint le plus purement, en Angleterre, par exemple, il ne fut jamais permis de disposer de son fief, autrement qu'entre-vifs et avec l'agrément du seigneur; par testament on ne put disposer que de ses meubles, et encore d'une portion seulement.

[1] Échiquier de Rouen de 1245. « Il fut jugé que chacun peut engager, ou mettre en son testament le tiers de la terre par le gré de son seigneur, s'il plaît au roi. »

[2] I. Feud. 8. II. Feud. 55. Boehmer, principia juri feudalis, l. 1, 5, 11, c. 8.

Glanville, VII, cap. 5, § 4. « *Cum quis in infirmitate positus testamentum facere voluerit, si debitis non sit involutus, tunc omnes res ejus mobiles in tres partes dividentur æquales; quarum una debetur heredi, secunda uxori, tertia vero ipsi reservatur, de qua tertia liberam habebit disponendi facultatem; vero si sine uxore decesserit medietas ipsi reservatur. De hereditate vero nihil in ultima voluntate disponere potest, ut prædictum est*[1]. »

Cette prohibition de disposer s'appliqua aux propres, qui, à la décadence de la féodalité, prirent dans la législation civile tous les priviléges du fief, priviléges détournés dès lors de leur but primitif, et destinés à conserver la terre, non plus dans l'intérêt d'un seigneur, mais dans l'intérêt de la grandeur privée des familles.

En France, l'usage presque général était de permettre au testateur de disposer librement des meubles, des conquêts (presque toujours assimilés aux meubles) et d'une part des propres, fixée au cinquième, au quart ou au tiers[2].

Beaumanoir, ch. XII. « Chacun gentilhomme ou homme de pooste qui n'est pas serf, peut par notre coutume laisser en son testament ses meubles, ses conquêts et le quint de son héritage là où il lui plaît, excepté à ses enfants auxquels il ne peut laisser à l'un plus qu'à l'autre. Mais le serf ne peut laisser en son testament que cinq sols. »

Que restait-il donc aux enfants puînés quand le

[1] Glanville, VII, 1, § 4.
[2] Troyes, art. 95. Vitry, 100.

père épuisait dans son testament la portion disponible? N'avaient-ils pour se partager entre eux que la différence du tiers au quint des propres, ce qui pouvait se réduire à fort peu de chose, si la fortune du testateur était mobilière? Un tel abandon des droits sacrés de la naissance eût été tout à fait contraire aux idées germaines.

Beaumanoir, ch. XII. « Nous avons dit en ce chapitre même, que chacun peut laisser en son testament le quint de son héritage, et ses meubles, et ses conquêts. Nepourquant si le remanant de son héritage n'est pas si grand qu'il suffise à la soutenance de ses enfants, et les meubles, et les chattels sont grands, et il n'en laisse nuls à ses enfants, ainçois les laisse tous à étrange personne, nous ne nous accordons pas que tel testament soit tenu, ainçois doit être retrait du testament tant que les hoirs puissent raisonnablement avoir leur soutenance selon leur état, excepté deux cas :

» Le premier, s'il est dit au testament qu'il fasse ce legs comme chose rendue pour torts faits, car en ce cas ne serait rien rendu aux hoirs, ni si tout son héritage y couroit, car trop est cruelle dette d'avoir de l'autruy à tort, ni nul hoir ne doit s'enrichir du tort fait par son père, ni nul ne doit être mieux cru de son tort fait que celui qui le reconnaît en son testament.

» Le second cas, en quoi nul retour ne doit être fait aux hoirs, c'est si il est fait mention au testament que les hoirs lui aient méfait, par quoi il ne leur veut rien laisser au testament; car si je vois ma fille ou ma mère, ou celle qui doit être mon hoir, mener si déshonnête vie que ce soit esclandre à elle et à son lignage, j'ai bonne raison de les ôter de mon testament. Et les esclandres sont de pitié de corps escandalisé[1] ou de mariage

[1] C'est la disposition des lois romaines et des lois wisigothes, lib. VIII, tit. 11, l. 8. *Établissements*, liv. I, ch. 11. *Anc. Cout. d'Artois*, 35, § 7. Si gentilfemme se fait dépuceler, et a enfants tant quelle est en la garde de son père, elle ne doit avoir par droit rien en l'héritage qui venir lui peut et doit, de père et de mère, entre les nobles : mais ce n'est mie usé communément,

désavenant fait par elles contre ma volonté [1], ou de si folle largesse que l'on voie que ce qui vient en leur main est perdu. Et male chose seroit que il me convînt (*fallût*) laisser en mon testament, à ma fille, ou à ma mère, ou à autre qui serait mariée à mon ennemy..... Mais voir est que des quatre parts de mon héritage ne puis-je pas ôter à mes hoirs ce que coutume et droit donne pour nuls des cas dessus dits. »

On a dû remarquer ce passage de Beaumanoir, que le testateur peut laisser la portion disponible à qui il lui plaît, *excepté à ses enfants auxquels il ne peut laisser à l'un plus qu'à l'autre*; cette maxime rigoureuse régnait dans la plupart des coutumes françaises : *Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt ensemble*, dit la Coutume de Paris [2] ; *Père ou mère*, dit la Coutume de Troyes [3] *ne peut avantager l'un de ses enfants plus que l'autre venant à sa succession.* J'avoue que cette sévérité des anciennes mœurs me sourit; il y avait dans cette immuabilité du droit de succession, une garantie puissante de bonne intelligence et d'amitié dans les

qu'au moins on ne lui fusse avis de vivre avoir, selon sa folle aventure. Le Miroir de Saxe est moins rigoureux pour les femmes, I, 5, § 2. Femme peut, par son libertinage, compromettre son honneur, mais elle ne perd ni ses droits ni son héritage. Wif mach mit Unkuscheit irs Lives ire wifliken Ere krenken; ire Recht ne verlüst se der mede niht, noch ir Erve.

[1] L'ordonnance de Henry II de l'an 1556 donne pouvoir aux pères et mères d'exhéréder leurs enfants qui se marient sans leur consentement, les filles avant vingt-cinq ans, les fils avant trente. En prohibant complétement le mariage en pareil cas, le Code civil est plus sage; la passion s'arrêtera peut-être devant un obstacle invincible, mais elle ne reculera pas devant une menace d'une réalisation douteuse et éloignée.

[2] Paris, 300. Orléans, 288.

[3] Troyes, 119. Sens, 73.

familles. On n'avait à craindre ni les flatteries d'un cohéritier, ni l'arbitraire d'un testateur; il n'y avait pas à redouter que la préférence exagérée d'un père forçât un jour deux frères à se haïr.

En fait de succession, on ne saurait trop s'en remettre à la loi. Sur la part quelle donne, bien ou mal fixée, chacun dispose sa vie et règle ses espérances; c'est un grand motif de stabilité dans les familles, et dans l'État qui ressent le contre-coup de toutes les agitations domestiques. La liberté de tester donne trop à l'incertitude et au caprice. A chaque succession il y a désappointement, déception de légitimes espérances, ébranlement dans les fortunes privées; c'est un grand mal, et que doit éviter le législateur. L'arbitraire même de la loi, par cela seul qu'il est déterminé à l'avance, vaut mieux que la justice imprévue du testateur.

Il ne me reste plus qu'une réflexion à faire sur la portion disponible, c'est quelle était grevée de l'universalité des dettes qui, dans l'ancien droit coutumier, affectaient toujours les meubles de préférence aux héritages : « Car male chose serait si le droit hoir de celui qui les legs fait, qui n'emporte que les quatre parts de l'héritage, étoit encombré de payer dettes et torts faits, et cil emportassent leurs legs tout quittes [1]. »

[1] Beaumanoir, ch. XII. Eichhorn., R. G., 375.

CHAPITRE XI.

De la garde et du mariage.

Voici maintenant un des points les plus curieux de la législation du moyen âge, et qui donne une physionomie toute particulière à la loi féodale. Quand le fief, contrairement à sa destination première, devint un patrimoine, il conserva longtemps encore le caractère d'une concession faite à charge de service militaire; mais alors se présentèrent deux difficultés des plus graves : qui devait faire le service du fief quand l'héritier était un mineur, ou une femme non mariée? Évidemment, les seigneurs avaient un intérêt sérieux à défendre, et il leur importait fort que le mineur fût représenté par un vassal fidèle, et que la femme ne fût pas mariée à un ennemi. Cet intérêt, le seigneur le fit prévaloir sur le droit de la famille; ce fut le suzerain qui prit la garde de l'orphelin et qui maria la fille du vassal. La loi domestique plia devant la loi féodale.

Je suis convaincu que cette coutume, dure en apparence, contribua puissamment à la patrimonialité des fiefs; quoi de plus naturel que de conserver le fief d'un brave compagnon jusqu'à la majorité de son fils; quoi de plus convenable que de marier la fille d'un ancien vassal et de conférer au gendre d'un fidèle serviteur cette terre, que le défunt avait enri-

chie par son labeur, ou défendue par son courage? Donc, à l'origine, l'institution fut juste et éminemment favorable au droit des filles, puisque le seigneur, libre de se choisir un vassal en mariant la pupille à quelqu'un de ses fidèles, n'avait plus d'intérêt majeur à s'opposer à l'hérédité du fief[1]. Mais quand le fief fut devenu un patrimoine, et que l'idée d'héritage l'eut emporté sur celle de concession, la garde et le mariage, devenus sans objet, ne furent plus entre les mains des barons qu'une des plus lourdes vexations de la féodalité.

Écoutons maintenant les auteurs féodaux; j'aime à les laisser parler eux-mêmes. Il me semble que dans la naïveté de cet ancien style, le lecteur retrouvera comme un parfum des anciens jours; et puis, le dirai-je, j'espère qu'en faveur de Beaumanoir et de Littleton, il oubliera mes longueurs.

DE LA GARDE DES ORFELINS[2].

Qui gardera l'hoir orfelin, qu'il convient être en l'autruy garde? La mère ne le gardera pas; pourquoi? Pour ce que si elle prenait mari et elle en avait des enfants, les enfants, pour la convoitise de l'héritage, occiraient leur aisné frère et seraient hoirs,

[1] D'Aguesseau, Sur la mouvance du comté de Soissons, t. VI, p. 28 et 55. Const. Neap., lib. III, tit. 26 (Sup. p. 207).

[2] Établissem. de Normand., Marnier, p. 11, et un bon article de M. Rathery sur les institutions judiciaires de Normandie (*Revue française*, juin 1838). J'emprunte ce passage à un coutumier normand; car c'est en Normandie que la garde féodale a eu le caractère le mieux prononcé. *Voy.* à ce sujet un arrêt des Olim, I, p. 626. *Voy.* pour l'Allemagne, Saechsiche Lehnrecht, 26, § 7-8. Schwab. Lehnrecht, art. 23-27.

ou le mari même occirait son filiastre pour donner à ses fils l'héritage [1].

Qui le gardera donc? Le garderont ses cosins? Nanil. Pourquoi? Que ils ne béent, par avanture, à sa mort, et convoitent son héritage, pourquoi ils occient l'innocent.

Pour ôter donc telle déloyauté, et pour eschiver telle cruauté, fut-il établi que les orfelins soient en la garde de celui à qui son père était lié par hommage. Qui est celui? C'est le sire de la terre qui l'héritage ne peut avoir en domaine, car ces hoirs, qui sont de noble lignage, ont plusieurs hoirs. Et, par dessus ce, ils doivent être en bonnes maisons, et enseignés d'honnêtes enseignements, et quand ils sont nourris ès maisons de leurs seigneurs, ils sont tenus à les servir plus léaument, et à les aimer plus en vérité. Et comment peuvent les seigneurs haïr ceux qu'ils ont nourris? Ils les aimeront par nourriture de pur amour, et garderont fidèlement leurs biens et leurs tenements, et mettront les issues de leurs terres en leur avancement [2].

Mais, ajoute tristement quelque glossateur inconnu, *Avarice est orendroit si montée, que les seigneurs gâtent les biens aux orfelins* [3].

Ce droit de garde, qui rappelle le *Mundium* germanique, était d'un revenu considérable, car pendant la minorité, le seigneur faisait tous les fruits siens [4], à la charge toutefois de payer les dettes (*Qui garde prend, quitte la rend*, est un adage féodal).

[1] Il est évident que cette raison manque si la mère ne se remarie pas; aussi plusieurs coutumes donnent-elles la garde à la mère qui reste veuve. *Voy.* par exemple une ordonnance de saint Louis, qui donne la garde à la mère en Anjou (Ordon., I, 59).

[2] Il est remarquable que Fortescue, dans le traité de *Laudibus legum Angliæ*, pour faire l'éloge de la garde, n'ait fait que traduire ce passage des Établissements..

[3] *Voy.* encore Marnier, p. 48. Britton, ch. 66 De Garde.

[4] Sachsensp., II, 58. « Und hat sich des Kind noch nicht bejahret so nimmt der Lehnsherr die frucht herab. » Hein., Elem. J. germ., § 348.

Les rois, premiers intéressés, ne manquaient pas de s'attribuer, en vertu de leur suzeraineté féodale, non-seulement la garde de tous les fiefs tenus immédiatement de la Couronne, mais encore de tous les arrière-fiefs de leur dépendance. En Allemagne, les ducs n'allaient pas moins rigoureusement que nos rois[1]; par toute l'Europe enfin on voit figurer la garde comme une source de revenus fort importante[2], soit que le seigneur l'exploite par lui-même, soit qu'il l'afferme à quelque étranger[3], ou à quelque parent du mineur[4]. C'est une remarque curieuse qu'à toutes les époques, les lois que s'empruntent le plus volontiers des gouvernements différents, ce sont des lois fiscales.

Le mariage était, comme la garde, un des grands profits du seigneur féodal, et à cause de cette importance même, il était souvent disputé entre les seigneurs et le roi. Mathieu Paris nous a conservé une constitution d'Henri Ier, roi d'Angleterre, qui termine un de ces différends.

« Et si quis baronum, dit le roi, vel aliorum hominum meorum filiam suam tradere voluerit, sive sororem, sive nepotem, sive cognatam, mecum inde loquatur; sed neque ego aliquid de suo pro hac licentia accipiam neque defendam quin eam det,

[1] *Voy.* Pertz, Leges, II, 23, in fine.

[2] *Voy* le Stat. de Westminster rapporté par Britton, p. 268. Laurière, v° *Garde noble* dans le Glossaire du droit français. Haltaus, au mot *Anevelle*, *Angefalle* (c'est le nom germanique de la garde). Mascov., *De Jure feud.*, c. 5.

[3] Hein., Jus germ., § 375, ad not.

[4] Un arrêt des Olim, I, p. 636, nous montre la *Garde* vendue à la mère du mineur.

excepto si eam dare voluerit inimico meo[1]. Et si mortuo barone, vel alio homine meo, filia heres remanserit, dabo illam cum consilio baronum meorum cum terra sua. »

Veut-on connaître la curieuse procédure du mariage féodal; la voici telle que nous la donnent les Assises.

La fille héritière d'un fief ne pouvait être mariée sans le consentement du seigneur qui la pouvait *semondre*, et obliger de prendre mari, quand elle avait douze ans accomplis[2]. C'était l'âge de majorité pour les femmes, âge beaucoup plus rapproché que pour les hommes, *parce que*, dit la très-ancienne coutume de Bretagne[3], *toutes malices peuvent être plus tôt en femmes qu'en hommes*. Si le seigneur négligeait de marier sa vassale âgée de douze ans, elle pouvait demander au seigneur en sa cour, trois personnes de sa qualité, *afférans en parage*, pour choisir celui des trois qui lui conviendrait le mieux. Si le seigneur ne lui octroyait pas sa demande, elle se pouvait marier sans méfaire[4].

La veuve était, comme la vierge, obligée de se marier; mais en certains cas, elle se pouvait excuser, et *défendre à la semonce*. Ainsi lorsque le douaire et

[1] C'était le premier motif qui avait fait réserver au seigneur ce droit exorbitant : « Pour ce que les hoirs femelles de notre terre ne se mariassent à nos ennemis, et dont il nous conviendrait leur hommage prendre si eux se puissent marier à leur volonté. » *Voy.* aussi Ordon. de saint Louis de 1246, art. 2 (Ord. I, 59). Const. de Sicile, III, 23, § 1. Phil. de Navarre, ch. 86.

[2] Littleton, n° 12.

[3] Ch. 80, et Bracton, II, 87, § 8.

[4] Assises, ch. 280 (édit. La Thaum).

le bail lui échéaient en même temps, elle pouvait se soustraire à l'obligation de prendre mari, si elle renonçait au bail pour se tenir au douaire.

La femme âgée de soixante ans était aussi dispensée de se marier, et ce, pour deux raisons : l'une toute féodale, *parce que quand la gent qui service doibvent de leur corps ont passé soixante ans d'âge, ils sont quittes d'iceluy service*[1]; l'autre, toute chrétienne, « parce que mariage ne fut établi que pour » multiplier le siècle sans péché, et si est bien chose » (certaine) au temps qui court ores, et qui a couru » long-temps a, que femme qui a passé soixante » ans, a perdu sa porture selon nature, si serait » bien contre Dieu et contre raison de la con» traindre de prendre baron contre son gré, et sur » tout si elle veut tenir chasteté et soi garder de » péché. »

Ainsi le mariage était un service de corps dû à raison du fief, comme tout autre service féodal, et dont on se débarrassait par l'abandon de la terre : *car femme n'est mie serve pour son fief, qu'elle ne se puisse marier sans le congé de son seigneur là où elle voudra, et si elle le fait, et le seigneur veuille avoir le fief, si le fasse*[2].

Le mariage était si bien un service féodal, que le

[1] L'Assise ajoute cette réflexion plus que brutale, surtout dans la bouche du défenseur de la femme : « Et spécialement semble-t-il chose impossible, car ce serait contre Dieu et contre raison, si le seigneur put marier les femmes qui auraient 80 ou 90 ans, ou 100 ans, qui seraient si déchues commé si elles fussent à moitié pourries. »

[2] Ass., ch. 246.

vassal qui, après avoir épousé la femme sans le congé du seigneur, s'était mis en possession du fief, était considéré comme coupable de haute trahison et de *foi mentie* envers son seigneur, crime qui emportait la confiscation et la mort [1].

Le *Mariage* n'était point un droit particulier au royaume de Jérusalem ou au royaume d'Angleterre; en France, les vassaux ne pouvaient ni se marier, ni marier leurs héritiers sans le consentement du supérieur féodal [2]. Les exemples sont nombreux dans nos recueils diplomatiques [3]; et le mariage fut un des moyens dont nos rois surent le plus habilement se servir pour assurer leur puissance.

Ce droit fut partout une charge assez lourde; mais en Angleterre surtout, il fut exercé par les barons avec cette rapacité qui, au moyen âge, a plus d'une fois flétri le nom normand. La main d'une riche héritière fut mise à l'encan; femmes et hommes payèrent pour épouser qui leur convenait, ou pour n'être point forcés d'accepter l'époux que leur imposait l'avidité du seigneur; et, qui le croirait, une des premières libertés conquises par la grande charte, fut le droit accordé aux veuves de n'être point forcées de se remarier. « *Nulla vidua distringatur ad* » *se maritandum, dum vivere voluerit sine marito,* » *ita tamen quod securitatem faciat quod se non*

[1] Assises, ch. 247 (éd. La Thaum).

[2] Établissements de saint Louis, I, 63. Marnier, p. 185, 197.

[3] Chantereau Lefebvre, dans son Traité des fiefs, t II, p. 325, nous a conservé un engagement de cette nature fait par le sire de Joinville et cautionné par la dame de Vaucouleurs, sa mère. *Voy.* aussi Laurière. Glossaire, v° *Devoir le Mariage.*

» *maritabit sine assensu nostro, si de nobis tenue-*
» *rit, vel sine assensu domini sui de quo tenuerit,*
» *si de alio tenuerit.* »

En Angleterre, l'introduction des fidéicommis, connus sous le nom de *Uses et de Trusts*, servit à paralyser le droit du seigneur [1]; en France, où ce droit odieux n'avait point la même rigueur, et où le mariage n'emportait point la perte du fief, cette coutume disparut, ce semble, d'assez bonne heure, sans qu'on puisse fixer l'époque précise de sa disparition.

TITRE II.

La femme noble dans la famille de son mari.

CHAPITRE PREMIER.

Du Douaire.

Le douaire devait difficilement se concilier avec la nature de la concession féodale, et il semble que le droit du tenancier ne pouvait aller jusqu'à grever la jouissance d'un successeur qui n'était pas le continuateur de sa personne, et qui, appelé par la loi du

[1] *Voy.* les notes de Buttler sur Coke. Coke, 191, c. notes, VI, § 11.

contrat, succédait de son chef et non de celui du défunt. D'autre part, comment le seigneur eût-il été tenu d'admettre à jouir du fief une femme qui ne pouvait faire le service militaire, et qui, non comprise dans l'investiture féodale, ne lui était même pas connue [1].

Aussi nul doute que, dans l'origine, le douaire ne pouvait pas s'asseoir sur le fief; la coutume lombarde le dit positivement [1], et nous avons, en outre, une décrétale du pape Innocent II, qui déclare positivement, tout favorable qu'il soit aux veuves, qu'on ne peut grever le fief plus avant que la vie du vassal [2].

Mais la faveur du mariage l'emporta sur la rigueur de la loi féodale, et l'Église eut bien sa part de cette victoire. Néanmoins quand le défunt laissait des héritages en roture, suffisants pour assurer le douaire, le seigneur avait le droit de faire porter sur ces rotures le douaire de la femme, et de décharger le fief [3]; c'est ce que les lois anglaises nomment *Douaire de*

[1] I. Feud. 9, § 1.

[2] Cette décrétale est adressée à l'abbé de Saint-André, en Écosse. « Cum regulariter nullus plus juris in alium transferre possit, quam eum constet habere, vir cui terra prædicto modo conceditur, non potest uxori relinquere, quod ei non licuit nisi quoad vixerit possidere, nec licet uxori suæ partem illius terræ in donationem propter nuptias ex viri concessione tenere, nisi donationi ille ad quem spectat dominium illius terræ voluerit consentire.... Nam licet Ecclesia in causis viduarum se favorabilem debeat exhibere, contra justitiam tamen non est eis favor ecclesiasticus concedendus. Illud vero te nolumus ignorare, quod uxor dare dicitur viro dotem : vir autem uxori donationem facere propter nuptias, secundum legitimas sanctiones. » Décrét. IV, 20, c. 6. *Voy.* aussi Britton, ch. 103. De assignement de Dower.

[3] Littleton, s. 48.

la plus belle, parce que la femme choisissait les plus beaux ténements roturiers pour les grever de son douaire. Ainsi la loi sacrifiait le fief à l'intérêt du mariage; mais quand cet intérêt pouvait trouver ailleurs satisfaction, elle relevait le privilége du fief, et lui sacrifiait les rotures.

Le Miroir de Saxe reconnaît également qu'on ne peut établir le douaire que sur les propres et jamais sur le fief[1]; mais la Glose nous apprend que le droit a bien changé depuis le temps où vivait Eke de Repgow, le compilateur du Miroir, c'est-à-dire, depuis le treizième siècle. C'est à l'empereur Frédéric et au Droit romain que le glossateur attribue cette amélioration dans la position des veuves[2]. Le Miroir de Souabe reconnaît que le douaire peut s'établir sur le fief[3]; ainsi font les coutumes françaises et normandes[4].

La loi reconnaïssait deux espèces de douaires: le douaire préfixe, ou convenu entre les parties avant le mariage, et le douaire coutumier[5]. En France,

1 Sachsenspiegel, III, 75. « An Egene is recht Lifgetucht der Vrowen, wende it in Nieman gebrecken mach to irme Live *und an Lene nicht*, wende it in to maneger Wis gebroken mach werden. » Zeus., tradit. Viceburg, p. 312, 313, dipl. n° 319, 323.

2 Dies recht setz Kaiser Frederich von Stouffe zu Gunst den werden Frawen, wann yn die leges vil Gunst haben beweist, ut *Instit. Quib. mod. alien. lic vel non*, § 1, et C. de *re uxor.* alias *de uxor. act. ex stipul. transf. l. un. et* C. *cum Lex* (Sachsenspiegel, mit sampt den Cautelen und additionibus. Augsbourg, chez Schænsberger. 1501 sans pagination).

3 Schwabensp., art. 188.

4 C'est une loi de Roger qui établit le douaire sur le fief. Constit. Neap., lib. III, tit. 13 et 15.

5 Je ne parle pas du Douaire *ex assensu patris*, assigné sur les

c'est à Philippe-Auguste que Beaumanoir fait remonter l'établissement du douaire coutumier [1]; mais une étude attentive des lois barbares nous a fait reconnaître que ce droit existait bien longtemps avant le treizième siècle; Philippe-Auguste a pu le modifier, mais non pas l'établir. Peut-être même peut-on conclure du passage de Beaumanoir, que le changement fut précisement la possibilité d'imposer le douaire sur le fief.

Le douaire coutumier était la jouissance de la moitié des biens que possédait le mari au jour du mariage, si l'on en croit Beaumanoir; cette quotité de moitié se retrouve dans les Assises, ainsi que dans beaucoup de coutumes de France [2] et d'Angleterre [3]; la coutume de Paris notamment l'avait adoptée [4]; néanmoins, le douaire coutumier était le

biens du père. Cette assignation ne change pas la nature du Douaire.

[1] Beauman., ch. XIII. « La générale coutume des douaires de ce que la femme emporte la moitié de ce que l'homme a au jour qu'il l'épouse se commença par l'établissement du bon roi Philippe de France, lequel régnait en l'an de grâce 1214. Et cet établissement commanda-t-il tenir par tout le royaume de France exceptée la couronne et plusieurs baronies du royaume, lesquelles ne se partent pas à moitié pour le Douaire, ni n'emportent les dames en Douaire, fors ce qui leur est convenancié en fesant le mariage. Et devant cet établissement du roi Philippe, nulle femme n'avait Douaire fors tel comme il était convenancié au marier; et bien appert que la coutume était telle anciennement, par une parole que le prêtre fait dire à l'homme quand il épouse la femme, car il lui dit : *Du Douaire, qui est devisé entre mes amis et les tiens, je te doue.* »

[2] Anç. Cout. d'Artois, ch. XXXIII, § 1.

[3] Littleton, sect. 37. Coke on Littleton, 33 *bis*.

[4] Cout. de Paris, art. 248. Coquille, quest. 144, 146, 148, 291

plus ordinairement du tiers[1], les deux tiers étant réservés à l'aîné des enfants, par suite de cette idée, sur laquelle j'ai insisté plus haut, qui faisait considérer l'indivisibilité des deux tiers du fief comme nécessaire pour assurer le service féodal.

« Coutume est, dit l'ancien coutumier de Nor- » mandie, ch. XI, que la femme qui a son mary » mort ait la tierce partie du fief au temps qu'il l'é- » pouse. » La coutume de Touraine, fidèle à l'esprit féodal, donne le tiers à la femme noble, et la moitié à la femme roturière[2]; disposition empruntée des Établissements[3].

La grande charte établit le douaire coutumier au tiers, comme faisait la coutume de Normandie, et cette quotité se conserva dans toutes les provinces de France qui furent soumises aux Anglais pendant les treizième et quatorzième siècles; en Guyenne, par exemple[4].

« Vidua, dit la grande charte[5], post mortem mariti sui statim et sine difficultate habeat maritagium et hæreditatem suam, nec aliquid det pro dote vel pro maritagio suo, vel hæreditate suâ, quam hæreditatem maritus suus et ipsa tenuerunt, et maneat in capitali messuagio[6] mariti sui per quadraginta dies post mortem

[1] Olim, t. I, p. 196 et 676.
[2] Cout. de Tours, art. 228 et 326.
[3] Établissements de saint Louis, ch. 14 et 123.
[4] Mornac, ad l. II, D. de Jure dotium.
[5] Ap. Canciani, t. IV, p. 418.
[6] Le principal manoir, la maison du fief. *Voy.* Fleta, V, 23. Glanvill., VI, 17, § 4. Sachsenspieg., I, 22. Anc. Cout. d'Artois, XXXV, 1. Cout. de Bret., art. 438. Bouteiller, art. 97. Olim, t. I, p. 54.

ipsius mariti, infra quos assignetur ei dos sua, nisi prius fuerit assignata, vel nisi domus illa fuerit castrum.

» . . . . . . *Assignetur autem ei pro dote sua tertia pars totius terræ mariti sui, quæ sua fuit in vita*, nisi de minori dotata fuit ad ostium ecclesiæ. »

La grande charte est, on le voit, plus libérale que la coutume de Normandie; ce n'est pas seulement sur le tiers des héritages possédés au jour du mariage, qu'elle établit le douaire, mais sur le tiers des héritages que le mari a possédés durant sa vie. Pareille variation se fit en France [1], et c'est à Eudes, de Sens, avocat du quatorzième siècle, que Loisel attribue cette amélioration du douaire [2]; mais cette coutume était plus ancienne, ainsi qu'on en peut juger par la note suivante, insérée dans les Olim parmi les arrêts de l'an 1268 [3].

« Nota quod in omnibus hiis de quibus aliquis, cum ducit uxorem est saisitus, *vel quæ, durante matrimonio inter eos, ipsi marito ex successione proveniunt*, uxor, post mortem mariti, habet dotalicium suum, ad usus et consuetudines Franciæ, quantumcumqne maritus de eis alienaverit, nisi ipsa expresse consenserit alienationi hujus, et renunciaverit dotalicio suo. Non tamen ita haberet dotalicium in his quæ *ex eschœta pervenirent marito* [4].

Je n'ai parlé jusqu'à présent que du douaire cou-

[1] Grand Coutumier (édit. 1539), f° 120, r°. Par la coutume des nobles, ce qui échoit à homme noble lui étant en mariage, soit de père, ou de par mère, d'aïeul ou d'aïeule, descendant en ligne directe, la femme en est aussi bien douée comme si son mary en fut ensaisiné au jour de ces nopces, et quand il épouse.

[2] Inst. cout., I, 3, 52.

[3] Ed. Beugnot, t. I, p. 735, XXIX.

[4] Cette exception faite des *Echoites* (successions collatérales) est tout à fait singulière.

tumier ; quant au douaire préfixe, en certains pays il pouvait dépasser la quotité du douaire coutumier [1], en d'autres, il ne le pouvait pas. En France, il y avait diversité dans les coutumes, mais l'esprit de la législation portant à respecter avant tout le droit des héritiers du sang, ce principe s'opposait à une plus grande extension du douaire. Ajoutez que les idées romaines, à mesure qu'elles s'infiltraient dans la jurisprudence, poussaient à restreindre les libéralités entre époux [2].

La femme a un droit réel sur l'immeuble frappé de douaire, car, une fois le douaire constitué, elle est saisie comme dans les coutumes germaniques. Néanmoins elle ne peut empêcher le mari d'aliéner les biens qui font l'objet du douaire, tant à cause des

[1] Littleton, Sect. 39. « *Dowment ad ostium Ecclesiæ* est quand l'homme de plein âge, saisi en fee simple, qui sera époux à une femme, vient à l'huis du Moustier ou d'Église pour épouser ; et là, après affaire entre eux faite, il endoue la femme de sa terre entière ou de la moitié, ou d'autre moindre parcelle ; et la ouvertement déclare la quantité et le *certainty* de la terre qu'elle aura pour son Douaire. En ce cas la femme, après la mort du baron, peut entrer en ladite quantité de terre dont le baron l'endoua, sans autre assignement de nulluy. »

[2] « Ces coutumes, dit Coquille (Instit. an D. franc), parlant des statuts qui défendent au Douaire préfixe d'excéder le Douaire coutumier, ces coutumes sont fondées en grande raison, afin que le mari, lors de la grande chaleur de son amour, ne se dépouille par trop et laisse des enfants coquins ; ou bien, ès lieux esquels le Douaire est héritage des enfants, s'il advient que la mère desdits enfants meure, le père soit en péril de paillarder, pour ne trouver part en mariage digne de luy, ayant épuisé ses facultés par un Douaire excessif.

» Les lois romaines n'ont pas appouvé indistinctement tous avantages que les mariés font l'un à l'autre en traité de mariage, mais ont voulu que le juge par son office en jugeât : *Si ita stipul.*, § *Si tibi nups.*, *D. de V. O.* »

priviléges du mundium marital, que de l'incertitude où l'on est de savoir si elle survivra à son mari, et si, par conséquent, le douaire s'ouvrira. Mais toute aliénation faite par le mari n'est que conditionnelle, et du jour où il prédécède, la vente est révocable, le droit de la femme apparaît comme un droit antérieur à l'aliénation.

Bouteiller, *Somme Rurale*, *tit. XCVII*, *p.* 551. « Si ne peut ni ne doit la dame perdre son douaire, ni le droit qu'elle y a, par vente ni transport que son mari fasse de ses fiefs; ni possession, ni prescription n'y vaut contre la dame ou damoiselle, que sitôt qu'elle s'en veut traire à loy, qu'elle n'y soit reçue, et doive être mise au droit de son douaire, sauf tous droits[1]. »

L'influence du droit canonique et l'importance exagérée qu'on attachait au serment, firent admettre que la femme ne pourrait revenir sur l'aliénation faite par son mari, *si elle avait juré*; à quoi la coutume française ajouta cette restriction (empruntée des lois romaines, qui ne souffrent pas que la femme puisse se faire tort à elle-même[2]), qu'il fallait que

[1] Granville, VI, tit. 2, *id.* 17. Marnier, p. 63. Cout de Magdebourg de 1304, § 83. « Gibbet ein man sinem Wibe sin Gut zu irme Libgedinge in jehegetem Dinge, oder siner Kinderen an Eigene oder an Lehne mit der Erben Urlobe, und wirt dar ein Recht vriede ubir geworcht, und wil her darnach an dem Gute jemanne icht geben, jene die mugenz wol widerreden mit Rechte, den die Gabe gegeben ist vor Gerichte. » Schwabensp., 327. Sydow., p. 255.

[2] Bouteiller, tit. XCVII, p. 551. « Droit ne souffre point que dame ou damoiselle en cette partie puisse être fraudée comment que ce soit. »

la femme renonçante fût immédiatement récompensée sur un autre héritage [1].

Lorsque le douaire était coutumier, ou qu'il était assigné sur un fief déterminé, la veuve était saisie dès le jour de la mort du mari; mais si le douaire préfixe avait été constitué sans assignation spéciale, la veuve devait demander l'assignation aux héritiers du mari, ce qui donnait lieu souvent à de graves difficultés [2].

Glanville nous a conservé la procédure par laquelle la veuve demandait au seigneur le bref: *Præcipe quod faciat habere*, *etc.*, pour contraindre l'héritier du mari à délivrer le douaire préfixe, mais l'héritier pouvait contester la donation, qui n'avait en général d'autre preuve d'existence que le témoignage des parents et amis qui avaient assisté les deux époux lors des conventions faites *ad ostium Ecclesiæ*; et, chose bizarre au douzième siècle, comme au sixième, c'était encore le duel qui décidait le procès. La coutume anglaise parle comme la loi des Alemanni [3].

On conçoit aisément combien l'établissement d'un douaire coutumier ôta d'importance au douaire préfixe, et comment, pour ne pas courir la chance du

[1] Établissem. de saint Louis, I, 166. Sur la forme de cette renonciation, *Voy.* le chap. 34 de l'Anc. Cout. d'Art.

[2] Littleton, Section 43. Loisel, Inst. cout., liv. I, t. 3, §§ 10 et 11. Laurière, sur Paris, art. 256.

[3] Glanville, VI, 11, § 2. « Si itaque ipse heres totum jus ipsius mulieris ei negaverit, ita quod dixerit in curia eam inde nunquam fuisse dotatam ab antecessore suo, poterit inter eos ad duellum perveniri, si mulier audientes et videntes ibi habeat, vel aliquem idoneum testem, qui audierit et viderit ipsam inde fuisse ab antecessore ipsius heredis dotatam ad ostium Ecclesiæ desponsatio-

duel, la femme dut se tenir le plus ordinairement au douaire légal qu'on ne pouvait lui contester. Ce fut, sans doute, par ce moyen que le duel disparut de la législation du douaire.

Parlons maintenant de la jouissance de la douairière, et par rapport au droit supérieur du seigneur, et par rapport au droit des héritiers du mari.

A l'égard du seigneur, la jouissance de la douairière est des plus franches. L'héritier doit la garantir de l'hommage et de toutes redevances, et, faveur remarquable, il ne peut forfaire le fief au préjudice de la veuve.

Beaumanoir, *ch. XII*, *p.* 65. « Combien qu'un autre emporte les fruits du fief duquel je suis hoir, je suis tenu à obéir et à desservir le fief pour la raison de l'hommage que j'ai fait et de l'héritage que j'attends, et je puis perdre ou gagner en plaid ou par meffet la propriété; mais je ne puis perdre ce qu'un autre y doit avoir par raison de testament, car pour désobéissance, ni pour meffet que mon homme me fasse, je ne puis ni ne dois mettre la main aux fruits qui sont tenus par raison de douaire, ni il ne convient que pour choses que l'hoir fasse, que la douairière me fasse hommage ni redevance, ainçois en doit emporter les fruits franchement et quittement[1]. »

Je doute que dans l'origine, le droit de la veuve ait été interprété avec autant de faveur; et Brit-

nis suæ tempore, et hoc paratus sit versus illum diracionare; si ergo mulier versus ipsum heredem obtinuerit per duellum, tunc heres ipsius tenebitur terram ipsi mulieri deliberare, vel competens suum escambium eidem dare. »

[1] Laurière, sur Paris, art. 40. Mais, en certains cas, la douairière pouvait, par sa faute, forfaire son douaire. Olim., t. I, p. 90, XV.

ton nous a conservé quelques traces de l'ancienne coutume qui sacrifiait la femme au seigneur [1]; mais à mesure que gagna l'hérédité, et quand une longue possession eut transformé le fief en patrimoine, la faveur de la douairière l'emporta sur l'intérêt du seigneur.

A l'égard des héritiers du mari, la jouissance de la douairière était, comme je l'ai remarqué pour la période précédente, un usufruit des plus larges [2]; c'était à l'héritier à prendre toutes les charges du fief, la veuve ne devait avoir que les bénéfices.

Brocton, *liv. II*, *cap.* 40, § 4. « Assignata dote, libera debet esse dos; nihil enim confert uxor de dote sua, ad debita mariti acquictanda, quia si peculium mariti non sufficit ad debita, quicquid fuerit ulterius solvendum hæredem et hæreditatem onerabit.

» Item hæres tenetur dotem defendere et warentizare et pro ea sequi comitatus, hundredas et curias dominorum. Ipsa enim *ad alia intendere non debet*, *nisi ut domui suæ disponat*, *et ut pueros suos*, *si qui fuerint, nutriat et educat*. Curiam autem suam propriam habere debet de omnibus placitis quæ ad ipsam pertinent terminandis [3]. »

[1] Britton, ch. 103. Olim, t. I, p. 326. Dans les Constitutions napolitaines, liv. III, tit. 16, c'est la douairière qui dessert le fief à ses risques et périls.

[2] Sachsenspieg., I, 21, § 1. Albrecht, Gewere, p. 106, 225, 227. Mittermaier, Grundsætze, § 346.

[3] Britton, ch. 103. « Leurs seront gardes, mariages, reliefs, échoites, et les purchas de cour et de plaids de leurs tenances, et toutes manières de commodités issuants du Dower, si espécial fait ne les forbarre; les échoites nequedent ne seront leurs, fors qu'à terme de Dower. Et pour ce que Dower doit être franc, si ne soit la femme de rien tenue des dettes du baron acquitter, ains soit l'hoir. Et si elle ne suffit à notre dette ou à notre service rendre, ou à autrui service, ou dette que l'ancêtre aura reconnu en notre

Une aliénation viagère aussi importante que le douaire, intéressait vivement les héritiers du mari; aussi ne devons-nous pas nous étonner si, dans le Miroir de Saxe, resté fidèle aux traditions germaniques, on exige le consentement de l'héritier lors de la constitution du douaire.

Sachsenspiegel, 21, § 1. Man mut ok wol Frowen geven Egen to irme Live, *mit Erven Gelof*, *svo yong se si*, binnen deme Gerichte der't Egen inne leget, in jewelker stat, deste dar Koninges ban se [1]. »

Nos coutumes pourvoient d'une autre façon à l'intérêt de la famille; elles font, du douaire, la propriété des enfants issus du mariage, et cela du vivant même des époux [2].

Grand Coutumier [3]. « Item, *nota* que le douaire de la mère est propre héritage aux enfants qui naissent d'iceluy mariage, en telle manière qu'en leur préjudice le père ou la mère ne les peuvent vendre, aliéner ni estranger sans le consentement desdits enfants, eux étant en âge, si ce n'est par autorité de justice et par pauvreté jurée [4]. »

L'attribution du douaire aux enfants était une cou-

cour, adonc conviendra étendre les bras au Dower. Et si nul ne veut rendre Dowen à la femme de son gré, adonc conviendra qu'elle soit aidée par le plaid. »

[1] *Ibid.*, III, 75, § 1. Schwabensp., 306. Cout. de Gœrlitz (Gaupp, Das alte Magdeburgische Recht., p. 277, 278, 295, 315).

[2] *Voy.* entre autres coutumes, Nivernais, des Douaires, art. 8. Paris, 249, Senlis, 177.

[3] F° 59 de l'Édition de 1526. Paris, chez Denis Janot.

[4] *Voy.* Desmares, 217, et surtout les Coutumes notoires (art. 83) publiées par Laurière à la suite de son commentaire. Beaumanoir, p. 103, et ch. XIII, p. 77.

tume bien ancienne, car il semble qu'on la trouve indiquée dans les Capitulaires ajoutés par Clovis à la loi Salique [1], ainsi que dans les lois des Saxons [2] et des Wisigoths [3].

Cette immobilisation du douaire a vicié une institution bonne en soi. Il est souverainement juste qu'une femme qui a passé les plus belles années de sa vie à partager les plaisirs et les peines d'un époux, ait une portion de la succession. La part dans la communauté ne suffit pas, car la communauté peut être ou nulle, ou malheureuse, par mille causes diverses; il faut à la femme une part dans l'héritage du mari, car cet héritage a été le sien tant qu'a duré le mariage, et la loi ne doit pas détruire, au profit d'étrangers, une aussi légitime possession. Si notre succession est un testament présumé, à qui, bon Dieu! laisserons-nous plutôt notre fortune qu'à celle qui nous a aimé pendant notre vie, qui a travaillé et souffert avec nous, qui nous a fermé les yeux, et qui, après nous, aimera seule, comme nous l'eussions fait, ces orphelins, qu'il nous faut abandonner! Dans une législation bien faite, la femme doit partager avec les enfants, car, dans l'ordre présumé des affections du défunt, son titre vaut le leur. Elle doit passer avant

[1] Pertz., II, 4, Capit. Clod. 8, § I. « Si quis uxorem amiserit, et aliam habere voluerit, dotem quam primariæ uxori dedit secundæ ei donare non licet, si tamen adhuc filii parvuli sunt, usque ad perfectam ætatem res uxoris anterioris, vel dotis causa liceat judicare, sic vero ut de has nec vendere, nec donare præsumat. »

[2] Lex Sax., VIII, 1.

[3] Lex Wisig., IV, 5. L. 2, in fine. Pour la loi des Bavarois. Meichelbeck. *Hist. Frising.*, t. I, dipl. 206.

les collatéraux [1], car elle leur est mille fois préférable, du jour où l'on met de côté ce reste d'idées aristocratiques, qui veulent immobiliser les biens dans les familles.

Dans cette question délicate, le Code, faute de prendre un parti, a sacrifié le droit de la femme sans conserver celui de la famille. D'une part, il a fait disparaître de la législation la règle *Paterna paternis, Materna maternis*, et il a admis le partage sans distinction de ligne, ce qui était renverser l'édifice féodal, et d'autre part, il a conservé des préjugés tout féodaux, en préférant à la femme les parents les plus éloignés. A cet égard, le Code a été mille fois plus dur que les coutumes; le douaire assurait à la veuve une existence proportionnée à la fortune du mari, et en soi, séparé de la condition d'inaliénabilité, qui ne convenait plus à notre état social, le douaire était une bonne et sage institution. Le code a porté la hache sur l'institution tout entière, sans distinction de ce qu'il y avait de bon ou de mauvais. Le douaire aboli, le code a maintenu la préférence des parents du mari, par ce motif ridicule *que la femme appartenait à une famille étrangère* [2], comme si, au contraire, la femme n'était pas un des membres les plus intimes de cette famille nouvelle que constitue le mariage? La loi civile demande une révision à ce sujet. A une époque où le lien du sang, et le rapport d'affection mutuelle, dominent seuls dans la législation de la famille, la

[1] Du moins partager avec ceux des premiers et deuxième degré.
[2] Discours de Siméon. Fenet., XII, p. 232.

place de la femme est au premier et non au dernier rang.

Me voici bien loin du moyen âge ; la faveur dont la loi entoure la faiblesse des femmes m'y ramène.

Dans ce conflit perpétuel de juridictions canoniques, seigneuriales ou royales qui, chacune, réclamaient le douaire ; l'Église, parce que le douaire était une condition essentielle du mariage [1] ; les seigneurs, parce que cette donation reposait sur leurs fiefs ; le roi, parce qu'il était le gardien naturel des veuves et des orphelins [2], l'intérêt du douaire prévalut à ce point qu'il fut au choix de la femme de s'adresser à celle de ces juridictions qu'il lui plaisait de choisir. Ainsi l'avait établi, en France, une convention faite entre Philippe-Auguste et les grands barons du royaume [3]. L'ancien coutumier de Normandie nous apprend quel avantage trouvait la femme dans ce choix de juridictions [4].

« Pour ce qu'en la cour de sainte Église a trop grand délai aux veuves femmes à avoir leur douaire ou leur mariage, par les appels qui sont faits de l'archidiacre à l'évêque, de l'évêque à l'archevêque, et de l'archevêque à l'apostoile (au pape) [5], il a été établi par l'octroi de Sainte-Église, que ces choses soient terminées en la cour Laie, si que ceux, qui en la cour Laie sont convaincus en leur malice, sont tenus à faire satisfaction en la cour

[1] Olim., t. I, p. 442, VIII. Ordonn. des rois de France, t. I, p. 319.

[2] Comparez Olim., t. I, p. 596 et 702.

[3] Ordonn., t. I, p. 39. Établissem. de S.-Louis, I, 18.

[4] Marnier, p. 8 et 63. Anc. cout. de Champ. Art. 40. Beaumanoir, p. 55.

[5] *Voy.* une décrétale du pape Honorius IV, en faveur de Bérengère de Navarre, veuve de Richard I[er] d'Angleterre. Décret., II, t. II.

d'Église par peine de deniers ou par pénitence de corps; et si doit-on savoir que si l'on plaide de douaire ou de mariage, celui contre qui l'on plaide, ne peut contremander [1] qu'une fois.

J'ai longuement insisté sur le douaire; c'est qu'à l'époque féodale le douaire a joué le principal rôle dans les avantages que la loi garantissait à la veuve noble; la communauté, si même elle existait, ne vient que de bien loin après lui; à peine si les coutumes antérieures au quatorzième siècle s'en occupent (je ne parle, bien entendu, que de la communauté entre nobles), tandis qu'il est continuellement question du douaire.

En France, le douaire s'est maintenu à côté de la communauté, et quand la réforme des coutumes est venue, les deux avantages sont restés l'un près de l'autre sans se confondre. En Allemagne, le douaire est resté dans les familles nobles, mais à côté de cette donation toute gratuite du mari, s'est souvent glissé l'augment de dot, le *Dotalitium*, donation à cause de noces de même valeur que la dot, qui fut introduite par les romanistes du quatorzième et du quinzième siècle [2]. Dans les villes où la communauté était universelle, le douaire a nécessairement disparu, et a été remplacé par la part légale attribuée à la veuve. En Angleterre, le douaire est resté tel qu'à l'époque féodale; c'est encore aujourd'hui l'avantage le plus considérable que la coutume attribue à la veuve, le seul du moins qui

[1] Obtenir de remise.
[2] Hein. Ant. Germ., III, p. 255 et suiv.

survive à toutes les chances de la fortune conjugale [1].

CHAPITRE II.

De la puissance maritale et du régime des biens durant le mariage.

J'ai peu de choses à dire sur la puissance maritale; le *Mundium* du mari s'est adouci par le progrès des idées chrétiennes, la personnalité de l'épouse est hautement reconnue par la loi; néanmoins la femme est toujours considérée comme une mineure qui, pendant le mariage, doit rester sous la tutelle et dans la dépendance de son époux [2].

Les lois anglaises ont conservé la dureté des premières lois barbares : le mari et la femme sont considérés comme une seule personne devant la loi [3]; mais ainsi que l'a judicieusement remarqué un jurisconsulte américain [4]; cette personne, c'est le mari.

[1] Sur la part de la femme dans les meubles. *Voy.* une curieuse dissertation de Dalrymple. Essays upon several subjects concerning British antiquities. Edimb., 1747, p. 174 et ss.

[2] Hugo de Groot. Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheid. Lahaie, 1631, p. 6, in fin. Vit het huwelick dan, zoo als gezeit is, wettelich zejnde aengegangen, werd de vrouw ghehouden voor onmondig, ende der man werd ghenoemt man ende Voogd ofte Kerck-voogd van sin vrouw.

[3] Littleton. § 138. Bracton., II, c. 15. « Omnia quæ sunt uxoris sunt ipsius viri. Non habet uxor potestatem sui, sed vir. Vir et uxor, dit-il ailleurs, sunt quasi unica persona, quasi caro una et sanguis unus. » Lib. V, f° 416. Blackstone, t. II, ch. 7.

[4] Thimothey Walker. Introduct. to american Law. Philadelphie, 1837.

La toute-puissance maritale mène à des exagérations singulières : ainsi le mari a le droit d'aliéner les immeubles de la femme sans son consentement [1] ; la femme, il est vrai, a le droit de revenir sur cette aliénation, après la mort du mari, par le bref *cui in vita* [2], mais combien sont plus sages les coutumes allemandes ou françaises qui exigent le consentement de la femme, et évitent ainsi des périls et des circuits inutiles ?

La dépendance de la femme était si absolue dans la loi anglaise, qu'au temps de Glanville, on arrivait à cette conséquence bizarre, que si le mari représentait sa femme devant les tribunaux, elle n'était pas défendue ; le mari étant non point le chef d'une communauté, mais un maître absolu qui pouvait sacrifier des intérêts qui n'étaient pas les siens [3].

[1] Pareille dureté se trouve dans les Coutumes hollandaises, ainsi que l'a remarqué Grotius, qui ne donne point de cette sévérité une raison satisfaisante. Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgel., p. 6. Over des vrouws goederen is des mans voogdije hier te land zeer groot; 't zy dat zulcks is ghekomen vit de oude Duitsche zeden, 't zy dat de groote naerstigheid, ende getrouwigheid vande mans om haer huisghezin voor te staen, daer toe oorzaeck heeft gegeven. Cout. de Bois-le-Duc, art. 14.

[2] Bracton, liv. IV, c. 7, § 3.

[3] Glanville, XI, 3, § 3. » Potest autem pater ita loco suo filium pro se ponere et vice versa, extraneus quoque extraneum, *uxor quoque maritum*. Cum quis itaque maritus positus loco uxoris suæ in placito de maritagio, vel de dote ipsius uxoris, aliquid amiserit vel remiserit de jure ipsius uxoris per judicium sive per concordium, num quid poterit mulier in tali casa aliquid juris ipsa inde iterum placitum movere, an tenebitur omnino factum viri sui post mortem ipsius tueri ? Non videtur autem quod per factum viri sui debeat mulier in tali casu aliquid juris amittere, *quia dum fuit in potestate viri sui, in nullo potuit contradicere*

Par une suite de son assujettissement, la femme ne pouvait faire un testament sans l'agrément de son mari; et cette rigueur de la coutume confirmée par un statut de Henri VIII [1], subsiste encore aujourd'hui dans les lois anglaises et américaines, telle, à peu près, qu'au temps de Glanville.

Mais comme un abus se corrige par son exagération même, le despotisme marital a amené en Angleterre, comme autrefois, en Italie, un régime où les biens de la femme sont mis à couvert; je veux parler des *jointures* et des *settlements*, espèce de paraphernaux remis entre les mains de curateurs ou *trustees* qui administrent dans l'intérêt de la femme et ne rendent compte qu'à elle ou à ses enfants [2].

Les lois allemandes, françaises, flamandes, espagnoles et italiennes ont beaucoup mieux compris les rapports mutuels des deux époux. La femme est dans

ejus voluntati, et ita non potuit contra voluntatem viri sui in jure suo prospicere, sed dicitur contra : ea quæ in curia Domini regis gesta sunt rata et firma esse convenit. »

[1] 34 et 35. H., VIII, c. 5. Glanville, lib. VII, c. 5, § 3. « Mulier etiam sui juris testamentum facere potest. Si vero fuerit in potestate viri constituta, nihil sine viri sui auctoritate facere potest, etiam in ultima voluntate de rebus viri sui; verum tamen pium esset et marito valde honestum, si rationabilem devisam uxori suæ concessisset, scilicet usque ad tertiam partem rerum suarum quam viva quidem obtinuisset si maritum suum supervixisset, ut plenius infra liquebit, quod plerique mariti facere solent, unde merito commendabiles efficiuntur ». La législation actuelle a exagéré les principes de Glanville, et la prohibition de tester est absolue, ou du moins le testament est tout entier dans la main du mari, qui le valide ou l'annule à son gré.

[2] Walker. Introd to americ. law. Buttler on Coke., 290bis. N° I et V.

la dépendance de son mari, et de son vivant, ne peut donner, ni ses meubles, ni ses immeubles sans le consentement de ce légitime tuteur [1]; mais cette dépendance n'est point absolue comme dans les coutumes anglaises, qui semblent empruntées des lois aristocratiques de Rome républicaine, car, je le répète, sans qu'il y ait encore une véritable communauté, la loi considère l'épouse comme la compagne et l'associée de son mari [2].

Du reste, le mari, comme seul chargé d'une gestion dont il n'a point à répondre, dispose à son gré des meubles et des fruits; la loi lès lui donne [3], pour subvenir aux charges du ménage, et la femme ne pourrait être admise à critiquer les actes du mari sans ébranler cette unité de puissance sur laquelle repose la société conjugale [4]. Forcément donc le droit de la femme reste comme endormi jusqu'à la mort du mari. La seule défense que lui donne la loi, c'est une résistance passive à l'aliénation de ses immeubles et de son douaire; aller plus loin, serait retomber dans le régime dotal, antipathique au génie coutumier.

[1] Sachsenspieg., I, 45, § 2. Sachwabenspiegel, § 74.

[2] Eichorn., R. G., § 451.

[3] Beauman., ch. 30, p. 162. « Si le baron meffet son corps, il perd les meubles avec les héritages, si que nul des meubles ne demeure à la femme. *Par ce appert-il que tous les meubles sont à l'homme, le mariage durant*, car après la mort de l'un ou de l'autre, partissent les hoirs aussi bien devers la feme comme devers l'homme. »

[4] Sachsensp., I, 31. « Man unde Wif ne hebbet nein getweiet Gut zu irme Live. Stirft aber dat Wif bi des Mannes Live, si ne erft nene varende Have wenne Rade unde Egene, of se dat heve in den Nesten. » Zœpfl., R. G., § 92.

Dans ce moment, c'est surtout à l'endroit du fief qu'il est curieux d'étudier la puissance maritale. La femme passant sous la *mainbournie* du mari, seul chargé d'exercer pour elle tous ses droits, il y a mutation de vassal, car c'est au mari à desservir le fief; le mari devait donc payer le rachat au seigneur [1], mais comme c'était à titre de *baillistre* et non comme propriétaire, que le mari était saisi du fief, il en résultait qu'à la mort du mari, la femme ne devait que la foi et l'hommage, et n'avait point de rachat à payer, car alors il n'y avait point mutation de vassal [2].

Le mari étant seigneur de tous les biens de la communauté, c'était une conséquence naturelle qu'il représentât sa femme en justice, et qu'il exerçât toutes les actions qui lui appartenaient, même celles qui concernaient les propres [3], et je ne vois que la coutume anglaise qui, par exagération des droits du mari, ait adopté un usage contraire.

Établissement de Saint-Louis, I, 447. « *Nulle femme n'a réponse en cour Laie*, puisqu'elle a seigneur, si ce n'est de fait de son corps, mais qui l'aurait battue, ou dit folie, ou autre dé-

[1] Établissem., I, 62.

[2] Grand Coutum., édit. 1539, f° 110, V°. Si je donne à ma fille un fief en mariage, comme par don de nopces, son mary devra rachat, pour ce qu'en ce cas il a le bail de sa femme; mais s'il mourait, sa femme ne devrait point de rachat, *car elle succède à son droit*, mais si elle se mourait, son mari de rechief devrait rachat. Toutes fois en aucuns lieux les maris des femmes pucelles, et qui oncque ne furent mariées ne doibvent point de relief en rachat du premier mariage; mais du second si. Laurière, sur Paris, art. 36.

[3] Coutumes notoires, art. 165.

loyauté, en telle matière, elle a réponse sans son seigneur [1]; ou si elle était marchande, elle aurait bien la réponse des choses qu'elle aurait baillé de sa marchandise, et autrement non, selon droit écrit en la digeste vieil, au titre des *Rules du droit*, et à la L. *Feminæ a publicis judiciis*, car fame si est ôtée à tous offices. »

Remarquez ces mots : *En cour laie*, c'est que le droit canonique, parti des idées romaines, permettait à la femme d'agir sans autorisation du mari, devant les cours ecclésiastiques, Jean Faber le dit positivement [2]. En quoi il est repris par Dumoulin, cet adversaire énergique de toutes les prétentions ultramontaines. Sur ces mots de la coutume : *Femme ne peut ester en jugement*, il a mis pour note : *Nec in civili, nec in ecclesiastico foro quamvis Jo. Faber dixerit contrarium.*

CHAPITRE III.

Des donations entre époux.

Les lois barbares ne défendaient pas les donations entre époux, leur esprit n'était point celui des lois romaines [3]; elles tendaient, au contraire, à identifier

[1] Laurière remarque que de son temps il fallait, même en ce cas, l'autorisation du mari. *Voy.* Ricard, sur Paris, 135.

[2] Ad titul. C. de Bon. mat., n° 3. « Quid de muliere quæ est in potestate viri, et agere non potest sine auctoritate viri de consuetudine fori sæcularis. Videtur quod ei currat tempus et maxime ex quo possit agere in curia ecclesiastica, *quæ non utitur illis consuetudinibus.* »

[3] Les coutumes romaines et la loi lombarde font seules excep-

les personnes et les biens des époux; il n'y avait donc nulle raison pour défendre les donations que se pouvaient faire les conjoints, et les diplômes nous en offrent quelques exemples [1].

Néanmoins, il semble que les donations de la femme au mari étaient contraires à la position que la loi lui faisait; puisque la femme était une mineure, pourquoi eût-on fait exception aux principes généraux, en faveur du mari qui, plus que personne, pouvait abuser de sa position pour contraindre la femme à une libéralité forcée?

Aussi, dans les coutumiers du treizième siècle, cette donation est-elle prohibée; et voici la raison que le Miroir de Saxe nous donne.

Art. 31, § 2. « Dès qu'un homme se marie, il prend, comme légitime tuteur, tous les biens de la femme en saisine; c'est pourquoi la femme ne peut faire à son époux aucune donation mobilière ou immobilière au préjudice de ses héritiers légitimes. La raison est que le mari ne peut avoir sur les biens de sa femme d'autre saisine que celle qu'il a commencé de prendre en sa qualité de tuteur [2]. »

Britton raisonne comme le Miroir de Saxe, et, en

tion à cette permission de s'entredonner; les premières, en prohibant toute autre donation que la donation *propter nuptias* (Petrus, I, 36), la seconde en défendant toute donation autre que la Meta et le Morgengabe.

Je ne compte pas parmis les lois prohibitives celle des Wisigoths qui défend sagement les donations pendant la première année du mariage (Marca Hispan., p. 1105), et ne puis considérer comme une restriction (ainsi que fait M. Gans) l'obligation d'insérer cette libéralité dans les actes municipaux. Je ne vois là qu'une mesure d'ordre public bien entendue.

[1] Marca hispanica. Dipl., p. 940. Lacomblet. Urkundenbuch, n° 60.

[2] Swenne en Man Wif nimt, so nimt he in sine Gewere al

outre, nous montre le droit romain pénétrant les coutumes germaniques, et venant fortifier leurs prohibitions.

Britton, p. 153. « Nul baron peut parchasser fors que meubles de sa femme, ni la reverse, puis le matrimoyne entre eux célébré, nequedent quanque est à la femme est à son baron, et nient la reverse [1].

» Droit, ajoute-t-il, défend ce don par deux raisons, un est pour présomption de délit de péché, l'autre est pour ce que le donneur ne remaine pauvre et besoigneux par telle débonnaireté [2].

Les donations entrevifs, ainsi défendues, les donations testamentaires restèrent du moins autorisées par la loi [3], hormis la loi anglaise qui, poussant jusqu'à l'absurde, sa fiction de l'unité des époux, regarde *comme un acte du mari*, le testament de la femme, et ne lui permet pas de se donner à lui-même [4]. La reine seule (j'entends par ce nom, la femme du roi d'Angleterre), a le droit de tester sans l'autorisation du mari; la femme disparaît devant la souveraine [5].

ir Gut to rechter Vormuntscap; dar umme ne mach nen Wif ireme Manne Gave geven an irme Egene, noch an ire varende Have, dar se 't iren rechten Erven mede verne na irme Dode; Wende die Manne ne mach an sines Wives Gude nene andere Were gewinnen, wen alse he to dem irstem mit ire untvieng in Vormuntscap. Eichhorn. R. G., § 369.

[1] Coke on Littleton, 3, etc. Normandie, art. 427. Bracton, II, ch. 9.

[2] Établissem. de Saint-Louis, I, ch. 114. Bouteiller, tit. 44, p. 328.

[3] Beaumanoir, ch. 12.

[4] Coke on Littleton, 112bis.

[5] Coke on Littleton, 3a. « But the Queene, the consort of the

Mais il est une donation que lois barbares, et, plus tard, les coutumes entourent d'une faveur singulière, c'est le don mutuel. La loi des Ripuaires a un titre spécial de ces donations, sous le nom d'*Adfatimus*, *Affatomie*, etc., seulement elle ne permet qu'aux époux sans enfants de s'entredonner, et encore le don n'est-il que de l'usufruit [1]; mais souvent ces libéralités furent plus larges, ainsi qu'on en peut juger par les formules et les diplômes nombreux qui nous sont restés [2].

Du reste, il semble que le don mutuel soit emprunté d'une Novelle de Théodose et de Valentinien, et qu'ainsi son origine soit tout autant romaine que germanique [3]; ce qu'il y a de certain, c'est que les formules nous donnent un double modèle de cette donation suivant qu'elle s'effectue dans la forme germanique, ou avec les solennités romaines, et qu'ainsi on doit supposer que vainqueurs et vaincus, adoptaient l'institution avec une égale faveur.

Cette faveur est restée dans les coutumes de France et d'Allemagne, et quelques-unes mêmes ont été si

king of England, is an exempt person from the King, by the common law, and is of ability and capacity to purchase and grant without the king.

[1] Lex Rip., tit. 48, 49. Lindenbrog, form. 50.

[2] Marculf., I, 12; II, 7. Beseler Erbvertræge, I, 183. Meichelbeck, Hist. frising., nº 659.

[3] Nov. Theod., II, tit. 4. In unius chartæ volumine supremum vocis paribus condidere judicium septem testium subscriptionibus roboratum, cui nos æternam tribui firmitatem legis hujus definitione censuimus; quoniam nec captatorium dici potest cum duorum fuerit similis affectus, et simplex religio testamenta condentium.

loin que de ne souffrir aucune autre espèce d'avantage entre les époux [1].

Quant aux conditions de cette libéralité, il y avait, à cet égard, une infinie diversité dans les coutumes. Les unes, restées fidèles à l'esprit germanique comme celle de Lubeck [2] et de Paris, n'autorisaient le don mutuel que lorsqu'il n'y avait point d'enfants; d'autres comme Chartres, l'autorisaient même en ce cas. Un petit nombre de coutumes enfin, beaucoup plus sévères, ne permettaient aucun autre avantage que le douaire [3].

Coquille s'appuie sur le droit romain pour justifier cette limitation du droit de donner; mais son raisonnement, historiquement vrai, est faux du point de vue moral. Il n'y a point de raisons suffisantes, surtout quand il n'y a pas d'enfants, pour empêcher les époux de s'entredonner; cette donation, qui n'a d'effet qu'après la mort, ne dépouille et n'apauvrit que des héritiers qui, dans l'ordre des affections, sont loin de tenir le rang que la femme occupe dans le cœur du mari.

La raison du droit romain, dit Coquille [4], est pleine d'honneur, à ce qu'il ne semble que l'amitié, concorde et gracieux traitement soit à vendre, et pour faire connaître qu'au cœur est la vraie amour, et non en l'extérieur.

[1] Constitut du Châtelet, art. 58. Mari ne peut rien donner à sa femme par testament ou autrement, si ils ne font don mutuel, soit à vie ou à héritage, et soit meubles, soit immeubles, et si ils le font tout est nul, car ils ne peuvent faire contrat valable l'un à l'autre. *Notissima.*

[2] Lübisches Recht. 277 (Édition de Hach.).

[3] Anjou, 310.

[4] Inst. au D. français, p. 268.

» Aucunes coutumes ont outrepassé le droit romain, en défendant les donations testamentaires et par cause de mort, comme Berry, Paris, Sens, Auxerre, Orléans, Blois[1]; Bourgogne y met l'exception, si autrement par le traité de mariage, n'était convenu. Bretagne, Touraine, Troyes, Laon, Auvergne permet au mary de donner à la femme, mais défend à la femme de donner à son mary. Autres coutumes permettent aux mariés de donner l'un à l'autre par testament, et autres en ne prohibant que les contrats et avantages entre vifs, semblent permettre le testament, comme Rheims, Nivernois, Bourbonnois et Poitou[2].

CHAPITRE IV.

Des droits de la veuve noble.

Entre le mari possesseur du fief, et la femme qui n'a point la saisine, qui n'a prêté ni la foi ni l'hommage, il ne peut y avoir une véritable communauté[3]; le fief n'est point un patrimoine, et à défaut d'héritiers directs du premier possesseur, la terre fait retour au seigneur concédant; la femme n'y peut prétendre autre droit que le douaire. Des propres, la législation est la même que des fiefs; ils sont le patrimoine de la famille du mari, et ce dernier n'en peut disposer au préjudice de ce droit sacré; mais les fruits du fief et des propres, mais les meubles,

[1] Berry des mariages. Paris, 282. Sens, 71. Auxerre, 228. Orléans, 280. Blois, 174. Bourgogne, 26.

[2] Rheims, 291. Nivernois. Des droits des mariés, 27. Bourbonnais, 226. Poitou, 209.

[3] En ce qui touche le fief, bien entendu.

mais les acquêts, forment comme un fonds commun qui, à la mort du mari, appartient pour une part à la femme.

Dans l'origine, les meubles se divisent; à la femme, les meubles à son usage, la *Gerade* [1] des lois allemandes; aux héritiers du mari, les armes et le cheval de guerre; l'*herwede* du Miroir de Saxe. Cette part, c'est la loi qui la donne à la femme, et si absolument qu'en certaines coutumes [2], la femme même renonçant à la totalité des meubles, conserve néanmoins *son lit*, *sa huche*, *deux paires de robbes et deux paires d'atours*, *lesquelles qu'elle voudra choisir.* »

Quant au reste des meubles et des acquêts, il se partageait par moitié; ainsi l'établissent la plupart des anciennes coutumes [3]; mais qu'on ne se hâte pas de voir la communauté dans ce partage à moitié, ce n'était qu'un *droit de veuve* comme le nomme justement Bouteiller; en d'autres termes, le droit de la femme, nul pendant le mariage, ne s'ouvrait qu'à la mort du mari, et si la femme prédécédait, ses héritiers n'avaient aucun droit; c'est ce qu'énonce fort catégoriquement une ordonnance de Philippe-Auguste, rendue à Pont-de-l'Arche, en 1219, et qui me paraît plutôt destinée à éclaircir des difficultés de coutumes qu'à introduire un usage nouveau [4].

---

[1] Sachsenspiegel, I, 24, § 3.
[2] Anc. cout. de Bretagne, art. 36. Beaumanoir, ch. 13.
[3] Assis. de bourgeois, c. 172. Bouteill. somm. rural, tit. 98.
[4] Ordonn., I, p. 38.

Si mulier sine herede decesserit, parentes ipsius mulieris non participabunt cum marito ex his quæ ipsa et maritus ejus simul acquisierunt dum ipsa viveret, in mobilibus nec in tenementis. Imo quiete remanebunt marito ipsius mulieris, *salvis rationabilibus legatis ipsius mulieris*[1]. Parentibus vero mulieris accedat id quod ipsa secum attulit in matrimonium, salvo legato suo, quod ipsa poterit facere per jus. »

La coutume de Normandie (art. 389) dit encore plus énergiquement : « Les personnes conjoints par » mariage ne sont communs en biens soit meubles, » ou conquêts immeubles, *ains les femmes n'y » ont rien qu'après la mort de leur mary.*

S'il fallait une preuve nouvelle que cette attribution du mobilier et des acquêts n'était point une liquidation de communauté; je dirais d'abord que l'idée de communauté n'expliquerait jamais pourquoi la femme noble avait, en certaines coutumes, la totalité des meubles[2]; j'ajouterais qu'elle n'expliquerait pas davantage comment il était loisible au mari d'épuiser à son gré le mobilier par des dispositions de dernière volonté, ce qui avait lieu cependant dans plusieurs coutumes[3].

Disons donc que le droit de la femme n'était qu'un

[1] Par ces *legs raisonnables*, Laurière nous apprend qu'il faut entendre les legs pieux sans lesquels on mourait *déconfés* et exclus de la sépulture en terre sainte (Glossaire, v° exécut. testament.).

[2] Anc. coutum. de Champ., art. 12. Ceci a été changé à la réforme de 1507. Touraine, 247. Lodunois. des succes. de fief, art. 14, et le Schwabenspiegel, 287-294.

[3] Anc. cout. d'Artois, tit. 35. « Et si ne met rien gentil-feme, en l'aumône son seigneur, si elle ne s'y oblige, quand elle ne prend meubles ni chattels ; et si elle prend meubles à moitié, elle aidera à payer les aumônes et les legs à moitié, avec moitié dettes. »

gain de survie; qu'elle prenait les meubles et acquêts non comme ayant été commune, mais comme étant héritière, et que sa renonciation était non point l'abdication d'une communauté qui n'avait jamais existé, mais la renonciation d'un héritier qui refuse d'accepter les charges d'une succession onéreuse. Le passage du grand Coutumier qu'on cite ordinairement comme le plus ancien témoignage d'une renonciation à la communauté, ne parle que d'une renonciation au mobilier.

Grand Coutumier, f° 78. « Item, l'on dit communément que la *femme noble* a élection de prendre *tous les meubles* et payer toutes les dettes, ou de renoncer aux meubles pour être quitte des dettes; *de l'homme noble, il n'est mie ainsi.*

« Et la raison pourquoi privilége de renonciation leur fut donné, ce fut pour ce que le métier des hommes nobles est d'aller ès guerres et voyages d'outre-mer, et à ce s'obligent, et aucunes fois y meurent, et leurs femmes ne peuvent pas de léger être acertainées de leurs obligations faites à cause de leurs voyages, de leurs rançons et de leurs plégeries, et pour ce ont le privilége de renonciation, et ont d'usage si comme le corps est en terre mis, de jeter leur bourse sur la fosse, et *de ne retourner à l'hôtel où les meubles sont;* mais vont gésir autre part, et ne doivent emporter que leur commun habit, sans autre chose; et parmy ce, elles et leurs héritiers sont quittes à toujours des dettes; mais s'il y a fraude, tout soit petite, la renonciation ne vaut rien. »

Toutefois si la communauté n'existe pas encore parfaitement, on ne peut nier qu'elle ne soit imminente, et que, chaque jour, son germe ne grandisse sous l'influence de la communauté de vie, de mœurs et d'idées, et sous l'irrésistible entraînement de cette grande notion d'égalité que le christianisme a introduite dans le monde.

D'ailleurs, on était bien près de la communauté, telle que nous l'entendons, du jour où par un juste intérêt, la coutume assura aux enfants la part de leur mère morte avant le mari [1]; mais cependant il est vrai de dire qu'en France la communauté ne fut réellement établie entre les nobles que le jour où le développement des classes roturières qui, seules, connaissaient la véritable communauté, fut assez grand pour que la législation féodale se vît forcée de plier devant les usages de ces vilains si longtemps dédaignés. Cette victoire, commencée dès le treizième siècle, ne fut complète que lors de la réformation des coutumes; révolution des lois civiles non moins grande que le code, car elle prépara de longue main l'égalité sociale, en commençant d'établir l'uniformité dans les lois personnelles, et en attachant les priviléges non plus aux individus, mais au sol. C'est de ce dernier refuge que le Code a chassé la féodalité demi-morte, énervée qu'elle était par les coups terribles que lui avait portés Dumoulin, Dumoulin, dont le nom est à peine connu hors de l'enceinte judiciaire, et qui fut cependant le vrai législateur de la France, et le plus grand génie civil des temps modernes.

En Allemagne, la communauté ne pénétra point dans les familles nobles; et lors de la réformation des statuts municipaux, lorsque presque partout fut reçue la communauté universelle, on excepta toujours de ce régime les biens nobles (*Rittersitze*),

[1] Cour des Bourgeois, ch. 184.

tant allodiaux que féodaux [1]. Aujourd'hui encore la communauté est inconnue dans les grandes familles; le douaire est le plus important des avantages assurés à la veuve. Il en est de même dans les lois anglaises, restées fidèles aux coutumes du moyen âge, et tout ce que la femme obtient en dehors de son douaire, n'est qu'un gain de survie, et non un droit de communauté [2]. La communauté n'est donc point une institution germanique, et c'est ailleurs que dans les lois barbares qu'il faut chercher son origine.

CHAPITRE V.

De la séparation et du divorce.

Au dixième siècle, l'Église avait fait triompher sa doctrine; il n'y avait plus de divorce, c'était la séparation de corps qui en tenait lieu [3], et cette séparation n'était point perpétuelle dans le vœu de l'Église qui espère toujours la réconciliation.

Bouteiller, II, tit. 8. « Item se fait divorce pour cas d'adultère... mais scachez qu'il n'y chet divorce perpétuel, car la loi espère toujours qu'ils se retourneront de péché, car eux retournés en grâce l'un de l'autre, lors retourne la conjonction de mariage ensemble. Si tel divorce chet en fait, sachez que lors doit avoir la

[1] Hein., Elem. jur. germ., I, 276 et 288. Selchow, Elem., jur. germ., § 459 et ss.

[2] Walker., Introd. to american law., p. 230.

[3] Tit. Decret. de Divort. et Repud., IV, 19.

femme portion de vivre pour son état; mais si femme se départait de son mari de sa volonté, sans la contrainte de son mari, ou si le mari la trouvait en fornication, et pour ce l'en chassait, sachez que lors la femme n'aurait portion de vivre, et si la femme était douée, elle perdrait son douaire. »

Le grand Coutumier remarque que la femme adultère ne perd son douaire que lorsqu'elle a été séparée par sentence du juge d'Église[1]; l'ancienne coutume de Bretagne est plus sévère, et, ce semble, plus juste en sa sévérité.

Art. 433. « Femme qui laisse son mari et s'en va avec un autre, et n'est avec son mari au temps de sa mort (et aussi si elle le laisse et ne fait son devoir de le garder, et elle le peut faire au cas que le mari ne la refuserait, jaçoit qu'elle ne s'en aille avec un autre), elle ne doit être endouairée.

» 434. Et si elle s'en est allée par fornication, le mari n'est tenu la reprendre ni la recueillir si ce n'est de sa volonté.

» 435. Et s'il la recueille de sa volonté ou par sentence, elle doit être endouairée après le décès de son mari, quelque folie qu'elle eût faite de par avant, pourvu qu'elle fasse son devoir de le garder et de le servir comme elle doit faire. »

Le Miroir de Saxe conserve à la femme séparée le morgengabe, le douaire et les avantages nuptiaux[2], mais seulement pour le cas où il y a juste motif de prononcer la séparation[3], ce que j'entends avec la glose, d'une cause admise par la loi, telle que l'entrée dans les ordres, l'impuissance ou la stérilité;

[1] Liv. II, ch. 33. Anjou, 314. Loisel, Inst. cout., I, 3, 39.

[2] Sachsensp., I, 21, § 2, III, 74. Vermehrte Sachsensp., I, 16, pr.

[3] Sachsensp., III, 74. « Wirt en Wif *mit recht* von irme Manne gesceiden, sie behalt doch ir Lifgetucht, etc.

pour l'adultère, la loi est inexorable, elle condamne la coupable et son complice à avoir la tête tranchée [1].

Pour l'Angleterre, Cambden [2] nous a conservé, d'après les rôles du parlement, sous Édouard Ier, un des cas les plus curieux. Sir John Camois, fils de lord Ralph Camois, céda de son plein gré, à sir William Panell, chevalier, sa propre femme Marguerite, fille et héritière de sir John de Gatesden. John Camois céda sa femme avec tout ce qui lui appartenait, s'interdisant de réclamer jamais ni sa personne, ni ses biens. A la mort de son mari, Marguerite réclama le douaire; de là suivit un procès dans lequel elle succomba. Le parlement la déclara déchue de son douaire, par ce motif pris du statut de Wistminster. 2. *Quia recessit a marito suo in vita sua, et vixit in adulterio cum prædicto Guillielmo.*

Le divorce, introduit par la réforme en Angleterre et en Allemagne, n'a point changé les peines pécuniaires du moyen âge; et la femme divorcée pour adultère, a continué de perdre le douaire et les gains nuptiaux. Rien de plus juste que cette déchéance; la femme qui a trahi ses devoirs ne peut avoir de droits sur la fortune du mari. Mais en établissant une barrière perpétuelle entre les époux, le protestantisme a méconnu, ce semble, cette charité inépuisable qui espère toujours le retour de la brebis égarée. Le divorce, quelque sévères que soient ses conditions,

[1] Sachsensp., II, 13, § 6, 5.
[2] Britannia, v° Sussex.

sera toujours une mauvaise institution, car, par égard pour un individu qui souffre, il ébranle tous les mariages par le danger de l'exemple, compromet l'avenir des enfants, s'oppose à la réconciliation qu'amènent le temps et le repentir, et jette dans les unions les plus saintes un ferment de discorde qui peut lever tôt ou tard. Il est triste, sans doute, qu'une femme innocente soit condamnée à expier dans un veuvage anticipé des torts qui ne sont pas les siens, et de ce point de vue individuel, le divorce sera toujours justifiable; mais du point de vue social (et c'est ce qu'avait compris l'Église, la mère de notre civilisation moderne), la souffrance de cette femme est un sacrifice qui assure le bonheur et la tranquillité générale; à ce devoir supérieur nous devons tous nous soumettre, quoi qu'il en coûte...!

CHAPITRE VI.

Des secondes noces.

Les lois barbares, sous l'influence des idées chrétiennes, considéraient les secondes noces d'un œil peu favorable; la défaveur paraît moins sensible dans les coutumiers allemands du moyen âge; le Miroir de Saxe, par exemple, s'exprime ainsi [1]:

[1] Sachsensp., II, 23. « Die wile en Man ane Wif nicht wesen ne wel, oder ne mach, so mut he wol echt Wif nemen, al sin eme driü Wif, oder viere, oder mer. Tu der selven Wis nimt en Wif Man, unde vint echte Kindere bi deme lesten als bi dem irsten, unde beerft se mit irme Rechte, unde mit irme Gude. »

« Toutefois qu'un homme ne peut ou ne veut rester dans le veuvage, il peut prendre une femme en légitime mariage, et cela par trois et quatre fois et plus. Semblablement une femme peut avoir successivement plusieurs époux, et les enfants du dernier mariage sont aussi légitimes que ceux du premier; et elle leur transmet et ses droits et ses biens. »

Sur quoi la glose, avant-courrière des idées protestantes, entonne un hymne en faveur du mariage, et s'attaque au célibat des moines et des nonnes, avec une ardeur qui sent son Luther [1]. Il y a loin de ces pensers charnels aux grandes idées catholiques qui déclarent bigame le célibataire qui épouse une veuve; car pour le catholicisme, l'union est éternelle comme les âmes, et la mort ne rompt pas l'harmonie d'un amour qui doit se continuer au ciel. C'est de ce beau sentiment que Dante, dans un des plus brillants passages de son chef-d'œuvre, le Purgatoire, s'est fait l'éloquent interprète [2] :

Quando sarai di là delle larghe onde,
Di' a Giovanna mia, che per me chiami
Là dove agl' innocenti si risponde;
Non credo che la sua madre più m' ami,
Poscia che trasmutò le bianche bende
Le quai conviene che misera ancor brami.
Per lei assai de lieve si comprende
Quanto in femmina fuoco d'amor dura
Se l' occhio o 'l tatto spesso nol raccende.

Les anciennes lois françaises sont aussi indulgentes que les coutumiers allemands, et laissent ordinai-

[1] Glose sur l'art. 23, liv. II. Cette glose est des plus curieuses, et je regrette vivement que sa longueur m'empêche de l'insérer ici.
[2] Dante, Cantica, II, Cant., VIII, ter. 24.

rement à la femme remariée le douaire et les avantages nuptiaux[1]; mais en France, comme en Allemagne, l'esprit de la législation est plus rigoureux que la lettre de la coutume, et communément on stipule dans le contrat la révocation au cas d'un second mariage[2].

Au seizième siècle, l'introduction des lois romaines vint limiter, au cas d'une seconde union, les avantages nuptiaux que la femme remariée pouvait faire à son second époux. En France, par exemple, la loi célèbre, *hâc edictali. C. de sec. nupt.*, fut adoptée sous le règne de François II. Ce fut le chancelier l'Hôpital qui, en 1560, l'introduisit dans la législation, à l'occasion du second mariage de madame d'Aligre avec M. de Clermont, mariage dans lequel la femme avait dépouillé ses enfants au profit de son nouvel époux[3].

Voici quelles furent les dispositions de l'édit de secondes noces, dispositions reproduites par l'article 279 de la coutume de Paris, dont j'emprunte la rédaction.

« Femme convolant en secondes noces, ou autres noces, ayant enfants, ne peut avantager son second ou autre subséquent mari de ses propres et acquêts plus que l'un de ses enfants. Et quant aux conquêts faits avec ses précédents maris, n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions dont les enfants desdits premiers mariages pourraient amender. »

Ainsi, c'était quand il y avait des enfants, et à

[1] Laurière sur Loisel, I, 3, 40. Olim, t. I, p. 287.
[2] Heinnecius, Elem., J. G., §§ 253 et 254.
[3] Cujas, dans son Comment. sur le Code *ad leg. hâc edictali.*

l'égard des conquêts seulement que les gains nuptiaux de la veuve recevaient quelque limitation; le douaire ne subsistait pas moins. La seule punition des secondes noces fut la privation de la tutelle, idée également empruntée des lois romaines [1], et qui ne parut dans notre législation que lors de la réforme des coutumes [2]. Jusque-là la mère conservait la garde, l'usage ayant enlevé ce privilége aux seigneurs, pour le donner à celle à qui la nature l'accorde avant toutes les lois.

La prohibition d'avantager le second mari de façon excessive, fut accueillie avec grande faveur par nos jurisconsultes, admirateurs passionnés du droit romain, et, depuis, elle est demeurée dans les codes modernes.

Ces coutumes, dit Coquille, contemporain de l'Édit des secondes noces, et qui était dans le secret de la loi, ces coutumes et lois sont fondées en très-juste raison, parce que ordinairement les femmes demeurant veuves et en moyen âge ou âge plus abaissé, sont plus ardentes à désirer les mâles qu'en plus bas âge, ce qu'Ovide a remarqué parlant entre autres du trente-cinquième an ou plus grand âge.

[1] C'est la reproduction de l'authentique, *Matri aut aviæ*. C. *Quando mulier tutelæ officio fungi potest*. Olim., I, p. 726.

[2] Paris 262, et le Proc. verbal de l'ancienne Cout. de Paris sur les art 99 et 101. Artois, 157. Laurière sur Loisel, I, 4, 22.

CHAPITRE VII.

De la mère.

Je n'ai rien à dire de particulier sur la succession des enfants à la mère; cette succession se partageait, en général, comme celle du père; aux fils, les fiefs, aux filles, la *gerade* ou quelque portion du mobilier ou des acquêts; c'était à peu près la succession des lois barbares. Je remarque seulement dans les Établissements [1] et le grand Coutumier [2], comme un droit singulier, reste des usages germaniques, que la femme noble, une fois mère, ne peut plus disposer de son héritage au préjudice de ses enfants mâles; ainsi elle ne peut même pas avantager ses filles sur la portion disponible. Suivant l'énergique expression de la loi, dès qu'elle a

[1] Établissem. de saint Louis, ch. 64. « Dame n'est que bail de son héritage, puisqu'elle a hoir mâle, ni elle ne peut donner, ni changer, pour que ce soit amenuisement de l'hoir si ce n'est à son anniversaire (c'est-à-dire pour legs fait à l'Église) ou elle ne peut donner ni le tiers, ni le quart, ni le quint, selon l'usage de Cour Laïe Mais gentilhomme peut bien donner le tiers de son héritage, tout ait-il enfants ou non; mais il n'en peut donner plus, qui fut chose raisonnable par droit. »

[2] Grand Coutumier (Paris, 1539, f° 103, v°). Item, par la coustume des fiefs, si une dame noble est demeurée vefve, et a aucuns enfants nés et procréés en loyal mariage, et elle vent aucun héritage qui soit propre à elle, venu et descendu de père et de mère, si les enfants n'y sont appelés ni consentants, la vendition est nulle.

des héritiers mâles, *elle n'est plus que bail de son héritage*.

Dans les contrées restées fidèles aux coutumes germaniques, en Suisse, par exemple, la mère n'est point tutrice de ses enfants, car elle est elle-même en perpétuelle tutelle, et son fils aîné est ordinairement l'*advocatus* que lui donne la loi [1]. Dans les pays féodaux, la garde appartient au seigneur, comme je l'ai dit; mais, plus tard et par le triomphe des sentiments naturels sur la prérogative féodale, la garde, avec tous ses priviléges, appartient à la mère [2]; c'est une violation flagrante des lois féodales, comme l'explique fort bien Philippe de Navarre.

Chap. XXII. « Baillage ne doit nul avoir si le fief ne lui peut écheoir, fors qu'en une manière, si l'hoir a père ou mère, lequel qu'il ait des deux, celui emporte le baillage de tenir le fief devant tous les autres parents par l'assise. Et bien est apparent que c'est assise, *car droit ne donne mie que celui qui ne tient au conquéreur du fief eut le baillage et le profit, pardevant ceux qui lui tiennent, et à qui le fief peut écheoir*. Et le baillage de père ou de mère est entérin, car il a le fief et l'enfant en garde, pour ce que l'écheoite de fief ne peut venir à lui [3] ».

La mère, en vertu de son droit de garde, prend les meubles à la charge des dettes, si ce choix lui convient, et fait siens tous les revenus du mineur. Telle est même l'énergie de la garde, que si on laisse

[1] Bluntschli, p. 291, 458. Diplom. de 1374. Fro Hedwig, Ulrichs burgers Zurich seligen wilent eelich Wirtin, mit Rudolff *irem elichen Sun, und rechten Vogt*, offenbart und klaget, etc.

[2] Assis. de Jérusalem (La Thaum.), ch. 187. Grand Coutumier (édit. 1539), f° 114, R° et f° 115. Cout. de Troyes, tit. II, 17.

[3] Anc Cout. de Champ., art. 21.

à la même gardienne les meubles des enfants, sans les réclamer dans l'an et jour, ils lui appartiennent de plein droit, et sans que les enfants puissent rien réclamer. Dans la réforme des coutumes, ce privilége exorbitant a disparu ; on exige la formalité de l'inventaire emprunté des lois romaines, et les meubles restent aux enfants, la mère n'a plus que les fruits [1].

Dans la succession de la mère aux enfants, lorsqu'il ne s'agit pas de fiefs, la loi préfère le père à la mère [2], par suite de ce principe général de la législation du moyen âge, qui, à degré égal, préfère toujours le mâle à la femme, mais elle appelle la mère avant les frères du défunt [3]; disposition qui a disparu de la législation à mesure que la loi est venue appliquer aux propres les principes féodaux.

Dans les fiefs, en effet, la mère était comme le père, exclue de la succession par le principe que : *le fief ne remonte jamais*, et cette maxime s'appliqua de bonne heure aux propres dont la législation fut un emprunt perpétuel des coutumes féodales.

Coutumes notoires, art. 90. « Si un enfant ayant père ou mère en vie, et frères et sœurs, meurt, tous ses meubles et acquêts sont à ses pères et mères après la mort [4]. »

[1] Grand Coutumier (édit. 1539), f° 118, R°. Troyes, II, 17; et le procès-verbal de la cout. de Champ. sur les art. 17 et 20.

[2] Sachsenspiegel, I, 17.

[3] Sachsenspiegel, I, 17. Vermehrte Sachsensp., I, 4, 1. Mittermaier Grundsatze, p. 662, note 3. Sydow. Erbrecht, p. 100. Kaiser recht, II, 97.

[4] *Voy.* même cout., art. 184.

Mais le propre « vient et descend de plein droit aux frères et sœurs survivant dudit trépassé, *sans ce que les père et mère y aient aucun droit, et n'y peuvent succéder*. Anno 1382, die 1, septembris. Fuerunt probatæ (dictæ consuetudines) per locum tenentem, VII advocatos, V examinatores, et VI procuratores[1]. »

L'exclusion des mères souriait trop aux idées aristocratiques des quinzième et seizième siècles, pour qu'on pensât à faire prévaloir sur les usages féodaux les droits sacrés de la nature et du sang. Au contraire, on essaya de faire prévaloir ces usages dans les coutumes méridionales restées fidèles à l'égalité des lois romaines, car ce qu'on voulait avant tout, c'était de grandes familles, intermédiaires entre le roi et le peuple, et qui environnassent le trône du plus splendide éclat. Toutes les lois des Valois sont dirigées dans ce but; et, quoique cette race n'ait pas longtemps occupé le trône, on peut dire cependant qu'aucune autre n'a plus fait pour fonder la monarchie absolue par les lois et les mœurs. La grandeur de Louis XIV et de sa cour fut préparée par les lois de Charles IX et de ses prédécesseurs, non moins que par le génie de Richelieu; le cardinal fit la grandeur du roi, les Valois avaient fait la grandeur de cette noblesse sans laquelle la monarchie de Louis XIV n'était pas possible.

Que dans la législation du seizième siècle, un esprit nouveau, l'esprit nobiliaire, ait succédé aux idées féodales, c'est ce que prouve clairement (pour

[1] Cout. notoires, art. 185. Cout. de Paris, 312. Desmares, Décis., 293.

nous borner au sujet qui nous occupe) l'édit de Saint-Maur, dans lequel Charles IX, ou celui qui le fait parler [1], déclare ouvertement qu'il n'agit que *pour la conservation du bien et repos de la noblesse, le principal membre, le soutien et la force de la couronne.*

Rappelant qu'il s'est occupé de régler dans l'intérêt de la noblesse, les dispositions testamentaires et fidéicommissaires, Charles IX ajoute, et ces paroles sont significatives :

« Mais, à ce que nous avons été depuis peu de temps avertis, nous n'aurions encore touché aux points principaux, et qui sont les plus nécessaires *à la conservation du nom, des armes et des familles de notre noblesse.* Car en nos pays et duchés de Guienne, Languedoc, Provence, Dauphiné et autres, a été ci-devant pratiquée et observée une loy et constitution jadis faite par les anciens empereurs de Rome, par laquelle la mère survivant à ses enfants, leur succède non-seulement en leurs meubles et conquêts, mais ès propres, provenus et procédés de la ligne paternelle, privant par ce moyen et excluant les vrais héritiers desdits biens et patrimoines anciens.

» Laquelle loy (*outre qu'elle est directement contraire à ce qui est observé ès autres pays de notre dit royaume, où toujours a été observé et gardé que les patrimoines ne remontent, ni soient ôtés de l'estoc, tige, et souche dont ils sont dérivés*), elle est cause d'une infinité de procès, *et, qui pis est, de la perte et destruction de beaucoup de bonnes maisons et familles anciennes.* »

Dans l'intérêt de la noblesse du Midi, l'édit de

[1] L'hôpital était alors chancelier ; mais Loisel (Opusc., p. 188, 189) prétend que toute l'autorité de cette charge était alors entre les mains du sieur de Lansac, homme d'épée, plutôt que magistrat. Mornac (ad L. 15, D. de inoff. Testam.) nous apprend, en outre, que cette loi fut faite uniquement en faveur de Montluc, depuis maréchal de France.

Saint-Maur défendit donc aux mères de succéder aux héritages propres des enfants, sinon pour la moitié en usufruit; elles eurent du reste, et les meubles et les conquêts.

L'édit de Saint-Maur était une invasion de la législation coutumière et féodale sur les principe du droit écrit; mais le Midi rejeta unanimement cette loi violente qui bouleversait une législation de plusieurs siècles, et qui venait parler de *conquêts* et de *propres* dans un pays assez heureux pour ne connaître qu'une seule espèce de patrimoine. Les parlements de Toulouse et de Bordeaux, pour le ressort desquels l'édit avait été principalement fait, refusèrent de l'enregistrer [1]. Il en fut de même en Dauphiné [2]; il n'y eut que les parlements de Paris et de Provence où l'on consentit à le vérifier, encore ne fut-ce qu'avec une extrême répugnance. Au dix-huitième siècle, Bretonnier [3] nommait l'édit de Saint-Maur un flambeau allumé par la discorde pour mettre *le feu dans toutes les familles des pays de droit écrit.* Les parlements n'avaient pu s'accorder sur l'interprétation de l'édit, qui fut enfin abrogé pour les pays de droit écrit par un édit du mois d'août 1729, enregistré le 22 novembre suivant. L'exclusion des mères ne subsista plus que dans les pays coutumiers, et pour les propres seulement.

Cette exclusion est tombée avec la distinction des

[1] Lebrun. des Successions, I, ch. 5, sect. 8, nº 5.
[2] Expilly, ch. 171, nº 25.
[3] Sur Henrys, t. II, p. 555 et 556.

propres et acquêts, invention de l'orgueil féodal dont le Code a sagement fait justice; et cependant il est resté trace dans le Code de ce vieux levain nobiliaire, je veux parler de la disposition qui, là où manquent les frères et les sœurs, établit cependant une réserve au profit des parents paternels, même les plus éloignés [1].

CHAPITRE VIII.

Réflexions générales sur la loi féodale.

Ce serait le moment de parler de la capacité civile et politique des femmes, sous le règne de la féodalité; car c'est la loi féodale qui, en ce point, a toujours forcé la main à la loi politique comme à la loi civile; mais comme d'autres influences ont à leur tour amené le déclin de la loi féodale, influences que nous allons tout à l'heure étudier, je conserverai cette question pour la fin du mémoire; je dirai en même temps quelle fut la capacité politique des femmes dans les pays où la féodalité ne pénétra que faiblement.

Je finirai seulement ces considérations par une remarque importante. La féodalité n'a pas suivi une marche uniforme en tout pays. Plus lente en Allemagne, plus nettement déterminée en France, plus

[1] Cod. civ., art. 753, 754.

rigide et plus formaliste en Angleterre, son développement a varié chez ces trois grandes nations; et ce n'est qu'en hésitant et avec une extrême défiance, que j'ai formulé quelques principes qui constituent ce qu'on peut nommer l'esprit général de la féodalité. Ces conclusions, le lecteur ne doit les recevoir qu'avec précaution, comme une moyenne scientifique, dont la vérité n'est qu'approximative. Dans ce champ abandonné où le retour équivaut presque à une découverte, il doit me savoir gré plutôt de ma bonne volonté que d'une science, hélas! trop imparfaite. Cependant, pour guider le lecteur dans ce dédale de lois diverses, je voudrais lui remettre un fil conducteur qui lui permît de se reconnaître, et voici, ce me semble, qui peut lui donner une idée générale des variations qu'a éprouvées la féodalité dans les trois grands pays où elle a régné en souveraine.

En Angleterre, la féodalité a peu varié, et Gans, avec autant d'esprit que de raison, a nommé la Grande-Bretagne l'Herculanum de la féodalité. En effet, le génie féodal a comme pétrifié toutes les formes et tous les usages de la loi anglaise. Ces formes n'ont point sensiblement changé depuis l'époque où Guillaume partagea sa conquête entre un petit nombre de grandes familles, encore propriétaires aujourd'hui; et, de nos jours, Littleton s'invoque dans les cours de justice, comme on faisait il y a trois siècles. Mais qu'on ne s'y méprenne pas, un esprit différent a remplacé l'ancien esprit féodal; les formes sont restées, comme autrefois, à Rome,

durèrent jusqu'à l'Empire les premiers usages de la république ; mais à Londres, pas plus qu'à Rome, l'esprit ancien ne s'est maintenu sous les formes antiques. Le génie anglais a dégagé la liberté des langes qui la retenaient captive, et cette lutte, commencée à une époque où la féodalité dominait sans partage sur le continent, était terminée quand nos lois politiques étaient encore tout imprégnées des idées féodales. Mais cette révolution toute politique, et faite au profit d'une noblesse, n'a eu sur les lois civiles qu'une médiocre influence. Les lois anglaises, celles du moins qui concernent l'héritage du sol et l'organisation de la famille (deux questions qui se touchent par mille points), ont été destinées à maintenir la grandeur et la durée d'une aristocratie terrienne. Les formes féodales ont donc peu changé ; car ces formes, mieux que toutes autres, se prêtaient au maintien de l'aristocratie, qui n'est, à vrai dire, qu'une féodalité civile. En ce point, ces lois ont rempli parfaitement leur but ; elles ont fondé la noblesse la plus riche et la plus intelligente qu'ait jamais possédée aucune nation ; mais on peut douter si ces lois n'ont pas fait leur temps. Leur esprit n'est certainement pas celui du dix-neuvième siècle, et nous ne comprenons guère l'estime de nos voisins pour le droit d'aînesse, les substitutions et les priviléges de masculinité, toutes mesures féodales qui, encore aujourd'hui, constituent le fonds des lois civiles de l'Angleterre.

En France, la féodalité se régularisa promptement ;

nous sommes un peuple légiste, raisonneur, logicien jusqu'à l'extrême, et qui aime à préciser nettement ses droits et ses devoirs. Formulée de bonne heure, la féodalité fut aussitôt battue en brèche; attaquée dans l'ordre politique, par les rois aidés de leurs parlements, dans l'ordre civil, par les jurisconsultes armés des lois romaines, elle s'amoindrit rapidement. De Beaumanoir à Bouteiller, il y a toute une révolution; le fief n'est plus qu'un patrimoine grevé de certains services dont chaque tenancier essaye de s'affranchir. Entre Britton et Beaumanoir, deux contemporains en deux pays voisins[1], la différence est plus grande peut-être, qu'entre la *coutume de Beauvoisis* et la *Somme rurale*, et si l'on veut s'en convaincre, on peut comparer la manière dont l'un et l'autre parlent de la condition des vilains; on sera surpris de la douceur du second et de la froide férocité du premier.

J'attribue au droit romain, qui ne pénétra jamais en Angleterre, ce prompt affaiblissement de la féodalité française, et il semble même que cette législation bienveillante aurait dû amener plus promptement l'égalité dans les lois civiles, et un grand adoucissement dans la condition des femmes. Mais la loi romaine se heurta contre un obstacle qui retarda longtemps la victoire. L'idée dominante du quinzième au dix-huitième siècle, ce fut, avons-nous dit, d'obtenir la perpétuité des familles par la perpétuité et la concentration des possessions dans

[1] Britton est mort en 1275. Beaumanoir écrit en 1283.

les mêmes mains. C'est dans ce but que fut disposée toute la législation, et ainsi s'organisa, en France, non point une aristocratie, comme en Angleterre (nos rois y avaient mis bon ordre), mais une noblesse, c'est-à-dire une classe privilégiée, sans puissance politique, et, par conséquent, sans que ses priviléges eussent une raison de durée.

La bourgeoisie, en s'élevant, s'organisa comme la noblesse; la robe fut pour les uns ce que l'épée fut pour les autres, et dans la réforme des coutumes, la bourgeoisie employa tous ses efforts à se transformer en noblesse, en s'attribuant les droits d'aînesse et les priviléges de masculinité; mais ces prérogatives vaniteuses n'avaient point de fond, et il y parut bien quand le bon sens du dix-huitième siècle les eut battues en brèche. L'égalité était dans nos mœurs quand nos lois ne parlaient que de priviléges; aussi suffit-il d'un trait de plume pour détruire ces diversités sans cause; un souffle de Mirabeau renversa le droit d'aînesse; et on peut prédire, avec assurance, qu'il ne se relèvera jamais.

En Allemagne, la fusion des différentes classes de la nation ne s'est jamais complétement faite; la féodalité, affaiblie par le droit romain, s'est conservée néanmoins dans les priviléges et les coutumes de la noblesse; la bourgeoisie s'est cantonnée dans une législation spéciale, mi-partie de droit romain et de droit coutumier; les paysans ont conservé des coutumes qui ne sont ni celles des nobles ni celles des bourgeois; chacune de ces lois a cheminé à part, et il a fallu la main de fer de Napoléon pour broyer,

par la conquête, et pétrir ensemble des éléments si distincts; jusqu'à lui, il y avait en chaque pays d'Allemagne trois races séparées et trois législations différentes. Ces distinctions ne sont pas encore complétement éteintes, ainsi qu'on en peut juger par la lecture des plus fameux germanistes, les Mittermaïer, les Eichhorn, les Philipps; mais il est aisé de prévoir leur prochaine destruction. Le Code civil a laissé en Allemagne un germe d'égalité qui lèvera, quoi qu'on fasse, et portera ses fruits.

Ainsi, chacun de ces trois grands pays représente une face distincte de la féodalité : l'Allemagne nous montre en présence les nobles, les bourgeois, les vilains, comme trois peuples différents, trois races superposées sans se confondre; l'Angleterre nous a conservé l'aristocratie féodale dans toute sa puissance politique et les formes primitives de la féodalité civile; la France représente le mieux la marche de la civilisation, l'extinction graduelle de l'esprit féodal, et la fusion progressive de tous les ordres de l'État en un seul ordre, celui de citoyens. La France, longtemps en arrière dans l'ordre politique, a marché plus vite que ses rivales dans l'ordre civil. Ce précieux avantage, elle le doit à ces praticiens, la terreur de la noblesse, qui de bonne heure demandèrent *une seule loi, un seul poids, une seule mesure* [1], et qui furent les plus puissants auxiliaires de nos rois dans la destruction des priviléges féodaux. Dès le seizième siècle, l'aristocratie française n'est

[1] Loisel, préface aux Inst. cout.

plus qu'une noblesse sans puissance politique; il ne lui reste plus que quelques priviléges civils, dernier asile dont nos jurisconsultes la chasseront.

La France a entraîné l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne dans son progrès; le Code civil a été imité partout dans ce qu'il a de plus admirable, l'établissement de l'égalité civile. L'Angleterre seule est restée étrangère à ce mouvement. Semblable à cet homme qui se plaît à considérer du rivage les flots écumants de la mer, elle a maintenu ses lois civiles immobiles; mais cette immobilité n'est qu'apparente. Toutes les nations sont solidaires, et il y a un mouvement insensible qui entraîne toutes choses et, veuille ou non, fait marcher l'humanité d'un même pas. En présence des misères de l'industrie, quand les *enfants de la verte Erin* n'ont pas un pouce du sol fécondé par leurs ancêtres, on peut, sans être prophète, prédire hardiment à l'Angleterre une révolution (plaise au ciel qu'elle soit pacifique!) qui changera de fond en comble ses lois civiles, et amènera le résultat que nos pères ont payé de leur sang : une seule nature de domaine, un seul ordre de citoyens, plus de privilége de naissance ni de sexe, égalité absolue dans la famille, parce que l'égalité des familles est la condition essentielle de l'égalité dans l'État.

SECTION DEUXIÈME.

Serfs et Vilains.

INTRODUCTION.

La féodalité, telle que nous venons de la considérer, n'est pas sans éclat ni sans grandeur. Si dans ce régime la femme est odieusement sacrifiée à la puissance de la famille, ce qui blesse les sentiments naturels, on ne peut nier que, du point de vue politique, la famille ne recueille de ce sacrifice une imposante majesté. Il y a quelque chose de grand dans ces familles qui ne s'éteignent jamais, et qui, par leur ancienneté et leur richesse, vont de pair avec des maisons souveraines. Ajoutez que jamais le mérite individuel n'a été plus vivement mis en saillie que dans un ordre de choses où chaque seigneur de manoir était le roi d'une petite société qu'il abritait sous ses tourelles, et qu'il lui fallait protéger par toutes les ressources de sa fortune, de sa puissance et de son génie.

Laissons maintenant les grandeurs de la féodalité pour considérer ses misères; voyons quelle fut la condition des vilains et des serfs, pauvres aïeux des nations modernes, qui, à force de sang versé pour la défendre, et de sueurs répandues pour la ferti-

liser, nous ont conquis cette glèbe qui ne leur appartenait pas. Étudions avec respect ces misères de nos aïeux; cette étude nous rendra meilleurs, en nous donnant plus d'estime pour le passé, plus d'indulgence pour le présent, plus de patience et plus d'espoir pour l'avenir.

L'amélioration des conditions humaines n'est pas l'affaire d'un jour; l'humanité marche lentement, mais sa marche est sûre, mais elle ne recule jamais. A voir de près le pas immense que la civilisation a fait depuis dix siècles, qui ne se sentirait le cœur animé d'un nouveau courage? Qui ne se dévouerait franchement à la réalisation de cette fraternité que l'Évangile nous a proposée comme le dernier terme du progrès sur la terre?

TITRE PREMIER.

La Femme serve et la vilaine dans la famille paternelle.

CHAPITRE PREMIER.

Différence du vilain et du serf.

« Naïf, dit le *Miroir de Justice* [1], n'est autre chose que serf; et tout soit que toutes créatures dussent être franches selon la loy de nature, par constitution nequedent, et de fait des hommes

[1] *The Myrror of Justice.* C'est ainsi que se nomme un Coutumier anglo-normand du XIII[e] siècle, publié par Houard dans le IV[e] vol. de ses Coutumes anglo-normandes.

sont gens et autres créatures asservies, si comme est de bêtes en parcs, poissons en réservoirs et oiseaux en cage.

» Servage d'homme est une sujétion issue de si grand antiquité, que nul franc cep ne pourra être retrouvé par humaine remembrance; et lequel servage, selon aucuns, est de la malédiction que Noé donna à Canaan, le fils de Cham, son fils, et à son issue, et selon autres, des Philistins, qui devinrent serfs, par forfait, à la bataille qui se fit par entre David pour ceux d'Israël, d'une part, Goliath, pour les Philistins, d'autre part.

» Et si comme autres créatures asservies sont gardables, aussi sont serfs à l'égard de leur possession, et de ce sont dits gens serfs par divine loy, et par droit d'hommes accepté, et par droit Canon confirmé.

» De Sem et de Japhet sont issus les gentils chrétiens, et de ceux de Cham les serfs que les chrétiens peuvent donner et vendre comme leur autre chattel (meubles)[1], mais nient deviser en testament, *pour ce que adonc sont annexées à franc tenement*, *et de ceux sont plus que des autres.*

» Nota que vilains ne sont mie serfs, car serfs sont dits de garder si comme est dit.

» Ceux-ci (les serfs) ne peuvent rien purchasser (acquérir) fors que à l'œps (ad opus) de leur seigneur; ceux-ci ne savent le vêpre de quoi ils serviront le matin, ni (il n'y a) nulle certaineté de services. Ceux peuvent les seigneurs firger[2], cipper, emprisonner, battre et châtier à volonté, sauve à eux la vie ou les membres entiers. Ceux-ci ne peuvent suivre ni dédire leur seigneur tant comme ils trouvent de quoi vivre, ni à nul ne loist les recevoir sans le gré de leur seigneur, ceux-ci ne peuvent avoir nulle manière d'action sans leur seigneur, fors qu'en félonie, et si ces serfs tiennent fiefs de leur seigneur, est à entendre qu'ils le tiennent de jour en jour à la volonté des seigneurs ni par nulle certaineté des services[3].

[1] Il est assez curieux qu'on ait fait aussi descendre le nègre de Cham pour expliquer son infériorité, et justifier l'infamie de la servitude.

[2] Fustiger.

[3] Britton (p. 135) considère les serfs comme affranchis quand le seigneur leur donne tenement *pour eux et leurs hoirs*. « Car puisque son seigneur veut qu'il ait hoirs propres, autres que le

» Vilains sont cultivateurs de fiefs [1], demeurant en village, car de ville est dit vilain, de bourg, bourgeois, est de cité, citizens (citoyens).

» Et de vilain est fait mention en la charte des franchises, où est dit que vilain ne soit mie si grièvement amercié que sa gaignure ne soit à lui sauve, *car de serfs ne fait-elle mention puisqu'ils n'ont rien en propre à perdre.* Et de vilains sont leurs gaignures appelées villenages.

» *Et notez que ceux qui sont francs et quittes de tous servages deviennent asservis par contrats faits entre le seigneur et le tenancier;* et sont de fiefs plusieurs manières de contrats si comme de don, de rente, d'échange et de ferme qui tous se peuvent faire à temps ou à jamais et quittement, sans obligation ni charge de servage, ou avec charge.

» .... En ces formes les contrats avant dits se firent par nos premiers conquérants; quand les comtes furent enfieffés des comtés, barons de baronies, chevaliers de fiefs de chevalerie, sergents de sergenterie, vilains de villenage, bourgeois et marchands de bourgages, dont aucuns reçurent fiefs, chacun avec une obligation particulière, si comme pour service faire, ou, en pure aumône, aucuns à tenir par hommage, et servir à la défense du royaume, *et aucuns par vilaines coutumes, d'arer, d'ouvrer, charrier, sarcler, faucher, scier, tasser, battre ou telles autres manières de service, et aucunes fois sans reprise de manger.*

» Et quand aucunes fines [2] sont trouvées levées dans le trésor, qui font mention de ces services et viles coutumes faire, aussi bien comme autres services plus courtois, tout soit que telles gens n'aient point de chartes ni muniments, s'ils sont nequedents enjettés ou disturbés de leurs possessions à tort, droit les secourt par l'*assise de nouvelle dessaisine*, pour les main-

seigneur, et veut que ses hoirs aient succession en son héritage, bien semble qu'il veut que ses serfs ayent état de franc homme. » *Voy.* aussi Littleton, sect. 205, 206, 207.

[1] C'est ainsi que la loi anglaise nomme toute espèce de propriété, par considération prise du seigneur dominant, pour qui la terre est noble, tandis qu'elle est vilaine pour le concessionnaire.

[2] *Fine.* Taxe, levée, imposition, amende.

tenir en même état que devant, pourvu qu'ils puissent avérer qu'ils avaient leur certaineté de services.....

» Et de ce s'entremit saint Édouard en son temps d'enquérir de tous les seigneurs outre leurs droites coutumes, et en fit grande vengeance. Mais depuis par gens qui moins doutent de faire péché que faire ne dussent, sont plusieurs de ces vilains par tortieuses détresses chassés (amenés) à faire à leur seigneur le service de rachat de sang, et plusieurs autres coutumes volontaires, pour les mener en servage à leur pouvoir, dont le remède par loy est péri par la négligence des roys..... »

Perdu dans un ouvrage ignoré, que l'obscurité d'un vieux langage augmentée par l'incurie des éditeurs, rend à peu près incompréhensible, ce curieux passage nous donne les idées les plus nettes sur la distinction du serf et du vilain. L'un, pauvre esclave, sans possession et sans droit, qui ne sait le soir quel sera le service du lendemain; l'autre, espèce de colon attaché au sol, et qui se fait de son service même un titre pour défendre sa possession; le premier n'ayant pas de succession, puisque tout ce qu'il possède est au seigneur, qu'on le regarde comme un être d'une nature inférieure, et qu'on l'estime à l'égal du *poisson dans le vivier* et du *bœuf dans l'étable*; le second, considéré comme un cultivateur que la loi doit protéger, et qui possède la terre, non pas aux mêmes conditions, mais au même titre contractuel, que le comte possède sa comté, et le bourgeois son bourgage; homme libre par conséquent, mais assujetti à des charges serviles, et dont la tenure se rapproche tour à tour, ou de la détention précaire du serf, ou de la propriété franche du censier, suivant que le seigneur écrase le vilain, ou suivant que ce

dernier, réalisant un désir inné dans le cœur de l'homme, parvient à occuper par plein droit de domaine le sol que ses bras ont fécondé.

Du reste, le villenage et le servage forment chacun, non pas une condition déterminée, mais, tout au contraire, une condition à mille degrés différents. Chaque domaine et presque chaque case a sa coutume particulière, et la position du vilain ne vaut pas, dans un pays donné, la condition plus douce que la loi fait au serf, dans une autre contrée. Toutefois il est un point par lequel tous ces cultivateurs, serf ou vilain, peu importe, se ressemblent; et c'est précisément au sujet du droit de succession et du droit de mariage. En ce cas, le seigneur, en vertu de son domaine éminent, avait des priviléges exorbitants sur le sol occupé par le serf ou le vilain. Ce privilége, résultant de son domaine et non pas de la condition personnelle du tenancier, il est aisé de comprendre que la position du vilain ne fut pas toujours meilleure que celle du serf, car sa tenure était une possession servile, chargée souvent des mêmes services; mais dans cette égalité de misères, le vilain se distinguait néanmoins du serf par un droit précieux, le droit de se soustraire à des charges trop lourdes en renonçant à la terre qui faisait son esclavage; tandis que les malheureux serfs, traqués par le seigneur partout où ils voulaient se réfugier, *emportaient avec eux leur servitude attachée à leurs os, qui ne pouvait tomber pour secouer*, suivant l'énergique parole de Guy Coquille [1].

[1] Institution au droit français, p. 184.

CHAPITRE II.

Main-morte.

Un des plus importants documents publiés dans ces dernières années, le Polyptique d'Irminon, abbé de Saint-Germain-des-Prés pendant le neuvième siècle, nous présente les serfs et colons de l'Abbaye, occupant deux à deux, trois à trois, quelque portion de terre concédée par l'Abbaye, à charge de corvées et de redevances. Entre ces colons réunis dans une même case, il n'y a rien qui fasse supposer une parenté ; quelquefois même on voit la fille ou la sœur d'un colon occuper une autre case en commun avec des étrangers, ce qui donne à penser que l'hérédité de la tenure n'était point encore établie, et que l'abbé distribuait les serfs sur la surface du domaine, suivant qu'il lui paraissait le plus convenable.

La distribution du sol en portions de médiocre étendue, distribution adoptée par les moines qui avaient compris l'importance agricole de la division du sol [1], se retrouve appliquée, pendant le moyen âge, dans les innombrables domaines de l'Église et

[1] Palaiseau, d'après les calculs de M. Guérard, était pour le moins aussi peuplé qu'aujourd'hui. *Voy.* Statistique de Palaiseau, 1835.

dans les grandes seigneuries. L'intérêt du seigneur était, en effet, d'avoir à son service le plus grand nombre possible de bras; et comme il ne faisait pas valoir par lui-même, et qu'il partageait, non pas la rente, qui est un produit net, mais les redevances qui étaient une quote-part du produit brut, il n'avait aucun motif pour concentrer la propriété dans un petit nombre de mains.

Quand, par le cours naturel des choses, le sol, ainsi divisé, se trouva occupé héréditairement, ce qui, dans le douzième siècle, était arrivé par toute l'Europe à peu près, chaque petit manoir fut habité par une famille vivant ensemble, et cultivant à frais communs la terre qui les nourrissait tous. Chaque Meix (pour emprunter le nom que la coutume de Bourgogne donne à ces manoirs rustiques) fut donc occupé par une communauté formée du père, de la mère et des enfants; communauté qui se continuait entre les frères, après la mort de l'auteur commun, et qui se renouvelait ainsi continuellement par l'entrée des générations nouvelles dans cette société domestique.

« Ces mots, *communauté coutumière*, dit Coquille[1] (l'auteur qui a le plus nettement parlé de cette institution), ont donné occasion de beaucoup troubler les maisons de village, même quand on a voulu mesurer ces communautés par les mêmes règles de la société, dont est parlé au droit des Romains, titre *Pro socio*, où se dit que par la mort d'un des associés, toute la société est dissolue, ores que plusieurs restent en vie, et que la société ne peut être pactionnée pour avoir lieu entre les héritiers, et

[1] Sur Nivernais, des Bordelages, art. 2. Bouhier, Coutumes de Bourgog., I, 506 et ss.

que le pupille ne peut contracter communauté; mais il m'a toujours semblé que, mal à propos, on applique lesdites règles du droit romain aux communautés de village de ce pays. Car les sociétés dont est parlé au droit romain sont de négoce, auquel la foy, l'industrie et les moyens de chacun sont considérés essentiellement, pourquoy lesdites sociétés sont très-personnelles; mais les communautés, dont parle cet article, sont vraies familles qui font corps et université, et s'entretiennent par subrogation de personnes qui naissent en icelles, ou y sont appelées d'ailleurs. »

Coquille compare ces communautés rustiques aux communautés de villes et aux chapitres :

« Es quels la subrogation se fait de par soy, sans déclaration ou convenance particulière, et où les personnes subrogées ne font pas que ce soit autre corps ou collége, jaçoit qu'il n'y ait pas une des premières personnes qui soit de reste, ains est toujours un même corps et communauté. »

» Ainsi, ajoute-t-il, en ces familles et communautés, les enfants qui y naissent pour l'espoir de l'avenir, et ceux qui sont en âge de vigueur, pour ce qu'ils s'emploient aux affaires de la famille présentement, et les vieux pour la souvenance et récompense du passé, tous sont censés utiles, voire nécessaires, pour la manutention de ces communautés et pour être membres des corps d'icelle, *et pour succéder en hérédité les uns aux autres comme communs, tant qu'ils demeurent en une même famille, qui de soy même s'entretient et conserve jusqu'à ce qu'il y ait partage par effet, et dissolution expresse;* j'entends partage par effet quand ils tiennent chacun ménage à part, et ont leur pain et leur sel à part, par an et jour. »

Si l'on a bien saisi ce qu'étaient ces communautés, dont Coquille donne une si parfaite idée, la succession de la fille sera facile à déterminer par avance; point de préférence de sexe, car dans le ménage agricole la femme a des fonctions qui ne sont ni moins utiles, ni moins nécessaires que le travail de l'homme;

point de droit d'aînesse, car aux champs, un *communier*, un *parcenier* vaut l'autre. A la mort du père, la communauté continue entre la mère survivante, les frères et les sœurs; il n'y a rien de changé dans le ménage non plus que dans la famille, il n'y a qu'un membre de moins.

Mais pour succéder (si l'on peut appeler succession cette continuation de possession), il faut être membre de la communauté, car c'est la communauté, qui subsistant toujours quoique ses membres se renouvellent, arrête le droit menaçant du seigneur; la fille succède à son père, non comme fille, mais comme commune, et si elle a cessé de faire partie de la communauté, elle n'a plus de droit, car son père n'était pas propriétaire du Meix. C'est le seigneur qui a le domaine, c'est lui qui succède, du jour où il y a une succession ouverte, c'est-à-dire du jour où il y a interruption dans la possession. A cet égard, comme l'a fort bien remarqué le président Bouhier [1], le droit du seigneur est de même nature que le droit originaire sur le fief; la tenure du vilain, comme celle du vassal, fait retour au seigneur concédant par la mort du tenancier qui dessert la terre; seulement il y a cette différence, que la rigueur primitive abolie en faveur des vassaux, est demeurée pour ces pauvres serfs, dont la législation ne s'occupait guère [2].

[1] Cout. de Bourgog., t. II, au titre des *Mains-mortes*. Coquille, Inst. du D. français, p. 185.

[2] Ce privilége du seigneur est ce qu'on nomme *Droit de Main-morte*. Jo. Faber ad *tit. Instit. Quib. mod. jus pat. pot. sólv. in ppio.* « Domin. Jacob. et Petr. inducunt hanc glossam... quod ut ali-

Troyes, art. V. « Les autres sont, à cause de leur personne, de condition servile, main mortables envers leurs seigneurs en tous biens meubles et héritages, quelque part qu'ils soient assis..... *quand ils trépassent sans délaisser enfant né en mariage, étant de leur condition et en celle* [1].

» Et s'il y a plusieurs enfants mariés ou à marier hors leur celle, un seul enfant étant en celle, rescout ladite main morte pour tous les autres qui seraient hors de celle et y ont pareil droit que lui [2]. »

Ce passage nous montre à la fois et le droit rigoureux du seigneur et l'exception favorable que la jurisprudence introduisit dans les derniers temps.

Ainsi, d'une part, la fille mariée hors de la communauté ne peut être héritière, à moins de concession spéciale comme il s'en trouve quelquefois dans les anciens recueils [3]; d'autre part, un seul enfant resté dans la communauté exclut le seigneur; et une fois le droit du seigneur paralysé, les frères et sœurs sortis de la communauté viennent concourir avec le frère resté en *Celle*, qui, lui, ne peut

quis moritur sine liberis in potestate existentibus, dominus terræ bona habet jure manus mortuæ de consuetudine. » Grand Coutumier (édit. 1539), f° 112, V°. Servus mortuus saisit dominum vivum.

[1] Laquelle *Celle*, dit le procès-verbal, par l'opinion de tous les habitants..... est à entendre en leur maison, demeurance et mélange de biens, ou qu'il soit à l'école, ou au service, à l'aveu du père et de la mère.

[2] *Voy.* aussi Bourg. Comté, 99. Lamarche, 153. Nivern., VIII, 14. Bourbonn., 207.

[3] Privilége donné par Thibaut aux habitants de Bar, en l'an 1227. Sciendum est etiam, quod ego concessi Johanni coquo de Barro super Sequanam, quod si contingat eum decedere, et non habeat heredem *qui mansionarius sit apud Barrum*, quod ad Emiliam filiam suam quæ maritata est apud Barrum super Albam ejus hereditas revertatur (Pithou. sur Troyes, p. 22).

les repousser, car son titre n'est point privilége seigneurial, mais simple droit de succession fondé sur la naissance et le sang [1].

L'exclusion des enfants sortis de la maison paternelle, qui d'ailleurs était dans l'esprit des coutumes germaniques (au moins pour ce qui concerne l'exclusion des filles dotées) [2], subsista dans plus d'une coutume municipale, comme un souvenir de servitude. Jehan Desmares nous apprend que, de son temps, on suivait encore cet usage à Paris [3]; je retrouve cette coutume à Lubeck [4] et à Hambourg [5], à une époque beaucoup plus rapprochée; et c'est un rescrit du roi Frédéric Guillaume, de l'an 1720, qui abolit dans la Westphalie ces derniers restes de villenage [6]. Nous ne sortons que d'hier des puissantes étreintes de la féodalité.

La communauté étant le seul titre de succession, dès qu'il y avait dissolution de communauté, ce titre était perdu. Cette dissolution de communauté se présumait quand les communiers avaient vécu séparément pendant l'an et jour; d'où cet adage coutumier que le *Chanteau* (le pain) *part le vilain* [7], et comme les seigneurs avaient intérêt à

[1] Bluntschli, Hist. de Zurich., I, 307. Kindlinger, Hœrigkeit. Dipl., nº 2.

[2] Sup., p. 241 et ss.

[3] Desmares, Decis. 236. Chopin, De morib. Paris, lib. II, tit. 3, nº 12.

[4] Lubisch. recht., II. Theil., tit. 2, art. 23.

[5] Cout. de Hamb., III. Th., tit. 3, § 2.

[6] Hein., Ant. germ., III, p. 384.

[7] Masuer de Succ, tit. 23, nº 20. Laurière, Glossaire du Droit français, vº. LE CHANTEAU. Anc. Cout. de Bordeaux, § 131 : « Costuma es en Bordalès, que si un home Questau mor, et layssa fihls, que

multiplier les dissolutions de communauté pour obtenir la succession du vilain, ils avaient établi cette maxime rigoureuse *qu'un parti, tout est parti*, c'est-à-dire que la retraite d'un seul membre dissolvait la communauté tout entière et à tout jamais; si bien que, par la volonté d'un seul membre, le droit de tous était perdu.

Pour ces pauvres gens, qui ne pouvaient doter leurs enfants que de quelques meubles, le mariage d'une fille était presque une exhérédation, puisque par son établissement hors de la communauté, la fille était exclue de la succession des siens. Pour parer à cet inconvénient, on mariait des enfants *par échange*; c'est-à-dire que si deux serfs d'une même seigneurie avaient chacun un fils et une fille, ils *échangeaient* les deux filles, en leur faisant épouser les deux fils. Les filles, ainsi échangées et admises dans la communauté de leurs maris, se trouvaient comme subrogées l'une à l'autre; et elles succédaient à leurs beau-père et belle-mère, comme elles auraient succédé à leurs père et mère si, n'étant pas mariées, elles étaient restées dans la maison paternelle [1].

puys que los fihls auran partit la terrau questau, si l'un mor sans her, l'autre frayre no succedira a d'aquet, ans tornera la terra au senhor. » Et § 189, *ibid.*

[1] Nivernois, VIII, 31. « Gens de condition peuvent marier leurs enfants par échange, et s'*ils sont de même servitude*, les enfants ainsi mariés, au lieu où ils sont mariés, ont droit et succèdent au bien de celui contre qui ils sont échangés; mais s'ils sont de diverses servitudes, ils ne peuvent acquérir aux héritages qui sont d'autre servitude que celle dont ils partent, si ce n'est de l'exprès consentement du seigneur dont est mouvant ledit héritage; mais bien succèdent en tous meubles indifféremment

Ce mariage par échange se retrouve même entre gens libres, comme un dernier vestige de servitude; tant il est vrai que l'homme ne peut rompre brusquement avec le passé, et que sa condition, comme ses idées, ne se modifie que par un progrès insensible.

Nivernois, XXIII, 21. « Si gens francs marient leurs enfants par échange, les enfants ainsi mariés ont pareil droit que ceux au lieu desquels ils sont baillés et échangés, en tous les droits qu'ils avaient en l'hôtel dont ils sont sortis, et en la succession des ascendans seulement [1], et en sont saisis comme les enfans légitimes qu'ils représentent. »

Bourbonnais (art. 265), s'exprime de même, et remarque, avec grande raison, que cette coutume n'a lieu qu'entre roturiers et non nobles [2].

Quand l'échange ne pouvait avoir lieu, la fille mariée se trouvait déshéritée [3]; le père ne pouvait, par un testament, empêcher cette dureté, car le serf ne pouvait tester que d'une somme des plus modiques [4], et souvent même (là surtout où l'on était resté fidèle

par telle ou telle portion qu'il est convenu entre les parties.

Glose du Sachsenspiegel, I, 52. « Dieselben (die Ministerialen) mœgen sie jederzeit verwechseln, auf dass sich die Eigen nicht zweyen, dann dadurch würden die Kinder ihrer Erbloss, *ut* lib. III, art. 73. Sydow. Erbrecht, p. 14. »

[1] « Soit noté, dit Coquille, que cet échange n'ôte et n'ajoute rien aux successions collatérales à écheoir; aussi nul ne peut faire un héritier à autry. »

[2] *Voy.* aussi Saintonge, art. 1.

[3] A moins (et dans les derniers temps seulement) qu'il n'y eût un autre héritier en Celle.

[4] Cinq sols dans Beaumanoir; Grand Coutumier, liv. II (édit. Paris, 1539, f° 75, V°). Item en la comté de Champaigne, ung serf ne peut faire testament de plus de cinq sols. Soixante sols tournois dans la Coutume de Nivernois.

à la rigueur primitive) meubles et héritages appartenaient au seigneur; c'était toute la succession.

Coutumier de Champagne, art. LX. « Il est coutume de Champagne que si aucun homme de main morte se meurt sans hoirs de son corps, *ou il ait été parti de ses hoirs*, que le sire emporte l'échoîte en meubles et en héritages, pour cause *de la main morte*. Et si ainsi est qu'il veuille renoncer aux meubles, et retenir les héritages par devers luy tant seulement, il n'est tenu à payer nulle des dettes du mort. Et si il s'asseigneurit de prendre les meubles et les héritages, il sera tenu de payer toutes les dettes du mort pour raison des meubles, et pour les héritages ne paierait rien. Ainsi en use-t-on généralement en cas de main morte [1]. »

CHAPITRE III.

Du formariage.

J'ai déjà fait remarquer que les tenures vilaines se régissaient par des principes semblables aux coutumes du fief; ce rapprochement mériterait d'être suivi de plus près, et l'on verrait qu'une même loi, la relation du tenancier au seigneur concédant, a régi dans ses applications diverses, tous les rapports sociaux du moyen âge. Partout on rencontre le droit de propriété qui, sous mille formes et mille noms différents, fait la condition des personnes non moins que la condition des choses.

Dans le vilenage, par exemple, on retrouve toutes

[1] Grand Coutumier (Paris, 1539), fo 75. Vo. *Voy.* aussi Bluntschli, Histoire de Zurich, I, p. 312 et ss.

gneurie, sans que le maître de la femme eût consenti à cette union, le seigneur du mari en fut quitte pour rendre une femme de même valeur que celle dont s'était enrichi son domaine [1].

En d'autres pays, la convention fit ce qu'à Jérusalem avait établi la coutume; les seigneurs stipulèrent entre eux des mariages *par échange* [2], c'est-à-dire qu'ils s'entredonnèrent des serfs de même valeur, de façon que le domaine ne fût point appauvri par le mariage de leurs colons. Dubreuil, dans les Antiquités de Paris [3], Chantreau Lefebvre, en son Traité des fiefs [4], nous ont conservé plusieurs diplômes relatifs à cette curieuse coutume, qui, du reste, se retrouve en Allemagne aussi fréquemment qu'en France [5].

Souvent aussi, quand un seigneur permettait à une femme de son domaine, d'épouser un homme d'une autre seigneurie, sans recevoir pour prix de cette permission une autre femme en échange, il stipulait avec le seigneur du serf que les enfants issus de cette

[1] Assises, 278 (éd. La Thaum). Si aucun vilain de qui que ce soit se marie avec vilaine d'autre lieu, sans le commandement du seigneur de la vilaine, le seigneur du vilain à qui sera mariée la vilaine étrange, rendra au seigneur de la vilaine une autre en échange de la vilaine, de tel âge par la connaissance de bonnes gens. Et si il ne trouve vilaine que la vaille, il lui donnera le meilleur vilain qu'il aura d'âge de marier. »

[2] Troyes, I, c. 7 et 4, avec les notes de Pithou.

[3] Paris, 1612, p. 367, in fine.

[4] Preuves, p. 30 et 257.

[5] Dipl. de 1353, donnée par Scheidt (Hist. de la Noblesse), Hanovre, 1754, p. 106. « Ministerialem nostram dominio vestro damus, ministerialem vestram N. in causâ commutationis in nostrorum ministerialium consortium retinentes. »

union seraient mi-partis, moitié pour le seigneur du mari et moitié pour le seigneur de la femme; ce dernier choisissant ordinairement le premier [1]. Cette préférence était empruntée de la cent-soixante-deuxième Novelle de Justinien qui, dans le cas où deux colons de domaines différents s'unissent par mariage, attribue à la mère l'enfant unique, et l'avantage du nombre impair, par ce motif : *Δεί γὰρ ταυτὴν ἀξιῶσαι πλείονος σπουδῆς, τήν τε ὠδινάσαν καὶ τεκοῦσαν καὶ θρέψασαν, παρὰ τὸν τῆς ἡδόνης πάρεργον τὴν τοῦ παιδὸς ποιησάμενον γενέσιν.*

La loi des Wisigoths partageait les enfants également entre les deux maîtres [2], et plus d'un diplôme du moyen âge reproduit, sans le savoir, cette disposition empruntée des lois romaines.

Cette stipulation, avantageuse aux seigneurs, en ce qu'elle leur conservait leurs serfs, plus avantageuse encore aux serfs, puisqu'elle réservait à l'enfant marié ses droits dans la succession paternelle [3], cette stipulation amena la transformation du formariage en une simple redevance. Pareille révolution s'était faite pour la main morte qui, d'un droit absolu sur l'héritage du vilain, avait fini par devenir le droit pour le seigneur de prendre dans la succession la meilleure tête de bétail (*Bestehaupt*) ou le meilleur vêtement. Ces redevances, que nos pères

[1] Olim., t. I, p. 164, XIII.

[2] L. L. Wisig., X, 1, 17.

[3] Dienstrecht de Magdeb. « Off..... Dienstman Wif nymmt, de Dienstwif is, it sy to Madgdeborch, adder to Ascherleve, *de Kindere volgen dem Vadere, und behalden doch in beyden halven ire Recht.* »

abolirent comme un reste odieux de la féodalité, avaient été, au douzième siècle, le prix dont nos aïeux avaient payé l'affranchissement de leurs personnes et de leurs biens.

Du reste, ce n'était pas seulement la moitié des enfants que se réservaient les seigneurs, c'était aussi, pour le cas où les époux viendraient à mourir sans enfants, la moitié des biens que les serfs auraient acquis durant leur union. On peut voir dans Dubreil [1], une longue et curieuse convention faite, à ce sujet, entre Guillaume, soixante-quinzième évêque de Paris, et l'abbé de Saint-Germain-des-Prés, convention qui a pour but de réserver les droits de l'évêque et ceux de l'abbé, dans le mariage d'Adeline de Wissous, serve de Notre-Dame, avec Bertrand de Verrière, serf de Saint-Germain-des-Prés.

Les conventions de *mariage par échange* furent surtout fréquentes entre les couvents d'un même ordre, et qui, à ce titre, se considéraient comme une même communauté divisée seulement par l'espace. Ainsi, par exemple, en Suisse, les sept couvents bénédictins [2] autorisaient l'union de leurs serfs, sous ce même nom de mariage par échange (*wechsel*) [3].

Ces stipulations se rencontrent souvent dans des diplômes du quatorzième et du quinzième siècle; Kindlinger, dans son *Histoire du Servage*, nous a conservé un grand nombre de ces monuments. L'un

[1] Antiquités de Paris, p. 369.

[2] Saint-Gall, Schänis, Einsiedeln, Saint-Regula à Zurich, Reichenau, Pfeffers et Seckingen.

[3] Bluntschli, p. 191.

d'eux, du quinzième siècle [1], nous apprend qu'avant l'échange, on s'assurait du consentement mutuel des serfs échangés. Cette bienveillance devait être toute nouvelle, car il est peu probable qu'à une époque plus reculée, les seigneurs, si peu soucieux des inclinations de leurs nobles vassales, y regardassent de plus près quand il s'agissait des femmes de leurs serfs.

En Angleterre, le droit de formariage se changea également en une simple redevance, imposée à la terre comme toutes les charges féodales, et qui fut payée aussi bien par l'homme libre, possesseur d'une tenure vilaine, que par le serf attaché au sol [2]. Longtemps avant cet adoucissement des lois anglaises, le pape saint Grégoire-le-Grand, qui, toute sa vie, s'occupa de la condition des serfs, ainsi que le prouvent mille passages de ses lettres, avait défendu qu'on exigeât des redevances exorbitantes pour le mariage de ces malheureux, et il avait établi qu'elles n'excéderaient pas la valeur d'un *solidus* [3].

Des redevances payées pour se marier sont nées ces coutumes bizarres connues sous le nom de *droit*

[1] Preuves, n° 163.

[2] Littleton, Section 174. « Si aucun franc homme veut prendre aucunes terres ou tenements de son seigneur, par tel vilain service, à savoir payer une *fine* pour le mariage de ses fils ou filles, donc il paiera tel *fine* pour le mariage, et nonobstant que ce soit folie de tel franc homme de prendre en telle forme terres et tenements d'un seigneur par tel *bondage*, encore ce ne fait le franc homme vilain. »

[3] Greg. Episcop, I, 42. « Pervenit etiam ad nos quod de nuptiis rusticorum immoderata commoda percipiantur, de quibus præcipimus ut omne commodum nuptiarum unius solidi summam nullatenus excedat. »

du seigneur, coutumes qu'on voudrait nier, à l'honneur de la dignité humaine, s'il ne s'en trouvait des traces irrécusables dans quelques titres des derniers siècles [1]. Servin, dans un de ses plaidoyers [2], fait mention d'un de ces usages qui s'était conservé dans le fief de Soloire, et qu'il fit abolir comme contraire aux bonnes mœurs. Le seigneur prétendait qu'à chaque noce son sergent devait être convié huit jours à l'avance, qu'il pouvait se présenter au festin avec deux chiens courants couplés, et un lévrier, prendre place auprès de la mariée, être servi avant elle, et lui dire la première chanson, et que les mariés devaient donner à boire et à manger aux chiens et au lévrier.

Je renvoie les curieux lire Bouvot, Papon [3] et Boyer, qui nous ont conservé quelques-unes de ces honteuses procédures, ils verront jusqu'où peut aller la démence d'un tyran de village.

[1] Bluntschli, I, p. 189. Grimm. D. R. A., p. 384. Laurière. Glossaire, v° Culage et Marquète. Ducange, v° Marcheta.
[2] Deuxième vol., p. 166, édit. in-f°.
[3] Papon., XIII, tit. 3, a. 8.

TITRE II.

La femme du serf dans la famille de son mari.

CHAPITRE PREMIER.

De la communauté conjugale et du douaire.

Dans cette organisation des manses serviles, quel pouvait être le régime des fortunes conjugales, sinon une communauté complète des meubles apportés par les deux époux dans le ménage commun, et des fruits de l'immeuble dont la propriété appartenait au seigneur? Cette communauté, du reste, n'était point un effet particulier du mariage; c'était le résultat nécessaire de la constitution de ces petites sociétés rurales. Et de même que la séparation des communiers se présumait par vie séparée pendant l'an et jour, de même l'acceptation de la communauté se présumait par vie commune pendant l'an et jour, et toute personne, parente ou non, qui était venue se mêler au ménage du vilain pendant ce laps de temps, devenait, elle et son bien, partie de la communauté [1].

[1] Beaumanoir, ch. XXI. « Compagnie se fait selon notre coutume pour seulement manoir ensemble à un pain et à un pot, un an et un jour, puisque les meubles de l'un et de l'autre sont

Toutes ces communautés ne cessèrent légalement en France que devant l'ordonnance de Moulins de 1566, qui exigea la rédaction par écrit de tous contrats excédant cent livres; mais de fait, les communautés subsistèrent dans un grand nombre de provinces; de nos jours M. Dupin a retrouvé, dans le Nivernais, des paysans restés fidèles aux usages de leurs pères, et, malgré la révolution, conservant par la seule force d'un libre consentement, cette communauté qui, bien entendue, fait la fortune et la grandeur d'une maison des champs.

Quand la vie commune d'an et jour entraînait pour toute personne admission forcée dans la communauté, on comprend aisément que la femme devait être la première personne dont les biens fussent englobés dans le ménage. Du reste, à l'origine, son droit ne fut pas différent de celui de tout autre parsonnier, à en juger par l'article suivant de la coutume de Nivernois, celle de toutes nos anciennes coutumes

mêlés ensemble. Dont nous avons vu plusieurs riches hommes qui prenaient leurs neveux ou leurs nièces, ou aucuns de leurs parents pauvres pour cause de pitié, et quand il avenait qu'ils avaient aucuns meubles, ils les traiaient à eux pour garder et pour garantir à celuy qu'ils prenaient à compagnie pour cause de bonne foy; et ne pourquant ils ne melassent jà si peu de biens à ceux qu'ils prenaient avec le leur, *puisqu'ils y fussent un an et un jour la compagnie se fit.* Si que nous avons vu approuvé par jugement, que celui qui n'apporta pas en compagnie la valeur de XL sols, et n'y fut pas plus de deux ans, et ne se mêlait de rien (ainçois fut appelé par un sien oncle pour cause de pitié pour le nourrir) si demanda partie pour la raison de l'accompagnement, et l'eut par jugement, et en emporta qui valait plus de 200 livres. Et par ce jugement peut-on voir le péril qui est à recevoir telle compagnie. »

qui nous a le mieux conservé la physionomie primitive de l'institution.

Nivernois, des droits des gens mariés, art. 21.

« Le gendre ou la femme du fils, venant demeurer avec leurs beaux-père et mère, ou l'un d'eux, après l'an et jour de leur demeurance avec eux, acquièrent communauté par têtes, avec leurs dits beaux-père et mère, l'un d'eux et leurs parsonniers, en meubles faits, meubles et conquêts à faire, en apportant leurs droits en la communauté, s'il n'y a convenance, protestation ou contradiction au contraire. »

L'identité de la communauté conjugale et de la communauté entre gens étrangers par la naissance, et simplement unis par une vie commune *à même pain et à même pot*, a vivement frappé Coquille, ce religieux observateur de nos vieilles coutumes. Parlant des communautés [1], il s'arrête brusquement pour faire la réflexion suivante : « Plus ample dis» cours sur ce, sera vu cy après, sous le titre de *Gens » mariés* et de retrait lignager, pour ce qu'à peu près » les décisions sont semblables à l'égard des mariés » et à l'égard des autres communs. »

En effet, la plupart de nos anciennes coutumes (je parle de celles qui sont des coutumes provinciales comme Bretagne, Anjou, Maine, et non pas de simples statuts municipaux comme Tours ou Paris) ne font commencer la communauté conjugale que comme toutes les autres communautés, c'est-à-dire après l'an et jour [2], disposition qui

[1] Instit. au D. franç., p. 243.

[2] Bretag., A. C., 421, 446, 448. Anjou, 511. Maine, 508. Perche, 102.

se retrouve en quelques coutumes d'Allemagne [1].

Également, en la plupart des coutumes allemandes et françaises, les pouvoirs du mari sont ceux, non pas d'un associé ou d'un gérant ordinaire, mais d'un chef de communauté qui, seul et sans mandat spécial, exerce toutes les actions personnelles et mobilières de la communauté [2], qui seul est maître des meubles et des conquêts immeubles, tant que dure l'association [3], qui seul aussi perçoit les fruits pour les appliquer aux dépenses du ménage, mais sans rendre compte à personne de sa gestion, même après l'association dissoute. Des propres seuls il ne peut disposer, non par limitation de sa puissance, mais parce que les propres immeubles n'entrent point dans la communauté.

Telle fut, dans son origine, la communauté; résultat d'un fait plus que d'une loi, elle ne fut point particulière aux époux, et Nivernois, par exemple, reconnaît une communauté tout aussi énergique entre deux frères vivant ensemble, qu'entre deux époux [4].

[1] Eisenhart Grundsætze des Deutschenrechts in Sprüchwœrtern, p. 136.

[2] Nivernois, XXII, 5. « Le chef d'une communauté peut, sans procuration de ses communs, agir et être convenu pour le fait de la communauté en actions personnelles et possessoires. » Cout. locales de Berry, art. 25 (La Thaum., p. 210).

[3] Nivernois, XXII, 9. « Meubles qui escheent par succession à l'un des communs pendant la communauté, sont communs entre les parsonniers, mais les héritages qui adviennent par succession, appartiennent à celui à qui ils adviennent, s'il n'y a convenance au contraire. » Nivernois, XXII. 10.

[4] Nivernois, XXII, 1. Anc. cout. de Berry, art. 26. (La Thaum., p. 210).

On verra plus loin comment du mélange de la communauté servile et des prérogatives du noble survivant, il se forma dans les villes une législation intermédiaire entre la féodalité et le vilenage, mais qui, comme tous les systèmes de transaction, n'eut la simplicité ni de l'une ni de l'autre de ces institutions primitives.

D'une renonciation de la femme à la communauté, il n'en pouvait être question dans le vilenage, car cette communauté existait dès l'origine du mariage, et subsistait réellement pendant toute sa durée. *Qui épouse la femme épouse les dettes*, dit l'adage français; *die den Man trowt, die trowt ook de Schulden*, dit un proverbe souabe : la femme, devenue commune, dès le premier jour de l'union, ne pouvait renoncer; sa renonciation eût été celle d'un débiteur. L'idée d'une renonciation n'a pu se présenter à l'esprit que lorsqu'on a considéré le droit de la femme dans la communauté comme un simple droit de veuve, qui s'ouvre à la dissolution du mariage; rien de plus naturel dans un pareil système que de permettre à la femme de ne point accepter un droit qui lui peut être onéreux, et même de l'autoriser à reprendre son apport. Aussi Loisel nous apprend-il que ce fut le privilége des femmes nobles, c'est-à-dire le droit de renoncer au mobilier, qui fut communiqué aux roturières. Ce fut l'autorité de M. Jean-Jacques de Mesme qui, au quinzième siècle, introduisit ce grave changement [1].

[1] Loisel. Inst. Cout., I, 2, 11. Paris, 237, et le Commentaire de Laurière.

Cette question de la communauté, les jurisconsultes du quinzième et du seizième siècle l'ont singulièrement embrouillée malgré leur science profonde, ou plutôt à cause même de leur science. Imbus des doctrines romaines, ils ne pouvaient se rendre un compte exact de cette singulière institution, qui échappait sans cesse aux règles du contrat de société dans lesquelles ils voulaient l'emprisonner. Pour juger sainement, il fallait, laissant le droit romain de côté, remonter à ces études coutumières qui seules peuvent nous apprendre d'où sont sorties toutes les sources diverses, qui, réunies, forment ce grand océan de la jurisprudence moderne.

Dans ces ménages des champs il pouvait être question difficilement d'un douaire, car la communauté se continuant entre la mère et les enfants, les fruits du douaire fussent tombés dans la communauté. D'un autre côté, si la femme se retirait de la communauté, il est malaisé de comprendre comment le seigneur aurait laissé grever l'héritage au profit d'une personne qui ne faisait plus partie du ménage agricole; aussi, je vois le douaire prohibé en certaines coutumes.

Nivernois. Des Bordelages, art. 29.

« En héritage tenu à Bordelage, la veuve, soit franche ou serve, ne peut prétendre douaire au préjudice du seigneur [1]. »

La raison, dit Coquille, *sur cet article, est que le seigneur utile ne peut obliger ni affecter sa seigneurie utile, sujette à reversion, sinon pour autant*

[1] L'anc. cout. de Bourbonnais, publiée par Lauri re, s'explique de même.

de temps qu'elle doit durer. J'ai remarqué, plus haut, qu'il en avait été ainsi pour les fiefs dans l'origine, et que le vassal, décédant sans héritiers, la veuve n'avait point de douaire sur le fief [1]; mais pour les bordelages, comme pour les fiefs, on modifia la rigueur de l'ancien droit quand le défunt laissa des héritiers qui excluaient le seigneur; et considérant la tenure comme un patrimoine, lorsque l'intérêt du seigneur n'était pas en jeu, la jurisprudence décida que le défunt pouvait grever d'une jouissance viagère telle que le douaire, cet usufruit perpétuel du fief ou du bordelage [2].

Du reste, la sévérité de cette coutume ne fut pas universelle, tant s'en faut; et dans le Nivernois même, la femme du serf eut sur les héritages vilains, autres que bordelage, un douaire de moitié [3]. Il est difficile de comprendre quelle pouvait être l'importance de ce douaire, quand la communauté continuait entre la mère et les enfants, car la mère était le chef de la communauté; mais si les enfants, ou la femme, ou quelqu'un des autres parsonniers se séparait et faisait tomber la communauté, la veuve avait un intérêt très-réel à demander le douaire que lui donnait la coutume.

[1] Établiss. de saint Louis, I, ch. 113.

[2] Galvanus, de Usuf., c. 39. On s'appuya de la loi *Si quis*, §° *Usuf. D. de Pign.* qui permet à l'usufruitier d'engager la jouissance aux créanciers sa vie durant.

[3] Nivernois. Des servitudes et tailles, art. 20.

CHAPITRE II.

Droit de la mère.—Continuation de la communauté.

Dans cette famille, sans importance politique, et dont la loi même semblait ne point s'occuper, le droit du sang prévalut seul, et la mère eut une part égale à celle du père dans la succession des enfants. Toutefois, elle n'héritait qu'autant que les enfants étaient restés en Celle, sinon la succession allait au seigneur.

Mais quand le mari défunt laissait des enfants en Celle, le plus ordinairement la communauté se continuait entre les enfants et la mère, suivant des quotités idéales, et dès lors ils s'entre-succédaient et comme parents, et comme communs.

Grand Coutumier, liv. II, ch. 40.

« Nota que par usage et coutume, deux conjoints ou affins demeurans ensemble par an et jour, sans faire division ni protestation, ils acquièrent l'un avec l'autre communauté, quant aux meubles et conquêts. Et pour ce, si deux conjoints ont un fils, et après l'un d'iceux conjoints va de vie à trépas, et depuis ce, iceluy fils demeure avec le survivant sans faire inventaire, partage ni division, tout soit ce que le survivant a conquesté, il reviendra à la communauté avec le fils. Mais prenons que le survivant se remarie en tel état, *statim contracto matrimonio*, tous les trois sont communs en biens, tellement que si iceluy remarié meurt, l'enfant survivant fera deux têtes, et le dernier survivant marié, l'autre. »

Cette communauté n'avait lieu qu'entre roturiers,

comme le remarque fort bien Beaumanoir; les gentilshommes ne la connaissaient pas.

Beaumanoir, ch. XXI. « Cette compagnie..... qui se fait par coutume entre les gens de poeste, ne se fait pas en cette manière entre les gentilshommes, car quand les enfants du premier mariage ou du second demeurent avec leur père ou leur mère, et avec leur parâtre ou marâtre, l'on ne l'appelle pas compagnie, mais garde. Et cette garde est octroyée au père ou à la mère, jusques à tant qu'il y ait enfant aagié, lequel en veut porter la descendance de son père ou de sa mère morts; a donc il l'emporte par raison de succession, et le bail de ses mainsnés ensement. Et s'il y avait meubles au temps que leur père ou mère mourut, ils en doivent porter la moitié; et s'il y avait plus dettes que meubles, et le père ou la mère les ont payées au temps de la garde, les enfants ne sont tenus à en faire nul retour, car il affiert bien au père ou à la mère à acquitter ses enfants au temps qu'il les a en garde, mais il ne lui affiert pas à charger de dette la succession qu'il emporte de leur père ou de leur mère morts. »

La communauté continuée, qui, ainsi que le remarque fort bien Coquille[1], suivi en ce point par Laurière[2], *est pour la seule commixtion du bien et non à cause des personnes*, était reçue dans la plupart des coutumes de France et d'Allemagne[3]; mais dans la pratique, elle donnait lieu aux plus graves difficultés. Qu'on songe, en effet, aux questions délicates que devait soulever la liquidation de trois et quatre communautés enchevêtrées l'une dans l'autre, et compliquées de douaires et d'avantages nuptiaux ou testamentaires[4]! Aussi, le Code a-t-il sagement

[1] Instit. au Droit franç., p. 237.
[2] Glossaire. V°. *Communauté continuée.*
[3] Mittermaïer. Grundsätze, § 354. Eichhorn., R. G., § 373.
[4] Beaumanoir, ch. XXI, a expliqué, avec une grande netteté, comment se faisait cette liquidation.

fait d'abolir cette mauvaise institution [1]. Sur ce point ce sont les principes de la garde qui ont triomphé dans notre nouvelle législation.

SECTION TROISIÈME.

Des rotures et bourgeoisies.

INTRODUCTION.

Des roturiers et censiers en France; Socagers, *en Angleterre;* Reichssassen, Landsassen, *en Allemagne.*

Aux coutumes féodales, j'ai opposé les coutumes serviles, l'extrême liberté près de l'extrême servitude; j'ai voulu, par ce brusque contraste, faire mieux ressortir l'esprit différent des législations de ces deux races différentes qui ont longtemps marché l'une près de l'autre, avant de se confondre; je viens maintenant à des conditions mitoyennes entre le servage et la noblesse, je veux parler des roturiers et des bourgeois, classes intermédiaires, et qui ont préparé la fusion des différents ordres de la nation en un seul, celui de citoyens.

C'est une opinion généralement reçue que, dans l'anarchie des neuvième et dixième siècles, la classe

[1] C. c., art. 1442, et le discours du tribun Duveyrier. Fenet., XIII, 727.

des hommes libres disparut entièrement, et qu'il n'y eut pas de condition intermédiaire entre les serfs répandus dans les campagnes et les seigneurs enfermés dans leurs donjons. Je crois qu'il en est de cette opinion comme de toutes celles qu'on s'est faites sur le moyen âge; formulées avec légèreté, elles ont été reçues plus légèrement encore; et quoique admises depuis plusieurs siècles, elles tombent à la première discussion sérieuse.

Si l'on veut dire qu'il n'y eut dans les pays féodaux qu'un très-petit nombre de propriétaires indépendants, l'observation est juste, sous certaines restrictions; mais si l'on prétend dire que tous les cultivateurs relevant d'un seigneur étaient serfs, on se trompe étrangement. Il y eut, au contraire, entre les serfs et les seigneurs, une foule de petits propriétaires, soumis, il est vrai, à un supérieur par quelque lien de vasselage, par quelque service ou quelque redevance, mais, du reste, aussi libres, aussi indépendants que pouvait l'être alors un vassal; hommes enfin qui ne se croyaient pas plus attaqués dans leur liberté par le payement d'un cens, que nous ne nous croyons esclaves parce que nous payons un impôt à l'État qui garantit nos propriétés.

Tels furent les censiers en France, les socagers en Angleterre, les *pfleghaften* en Allemagne, tous, espèces de feudataires à charge de services agricoles. Telles furent encore plusieurs classes de vilains, car ce nom élastique servit à désigner, suivant la différence des pays, des positions libres et des positions presque serviles. Il fallait un pouvoir central

et une loi commune pour régulariser cette diversité de conditions, souvent comprises sous un même nom, malgré des différences essentielles, ce qui jette une confusion inévitable dans l'étude de ces anciens jours.

Le socage, sur lequel Littleton nous a conservé des documents assez complets, était, à son origine, une espèce de censive. Littleton nomme les socagers, *francs de sang, tenant terres en villenage*[1]. Avec le temps, la censive est devenue un domaine indépendant, et voici comment Littleton nous fait l'histoire de cette révolution qui, sauf la différence d'époque, se fit en toute l'Europe féodale de la même façon qu'en Angleterre.

Littleton, section 119. « Et il est dit que la cause pourquoi telle tenure est dite et a le nom de tenure en socage, est ce : *Quia socagium idem est quod servitium socæ, et soca idem est quod caruca*, savoir un *soc* ou une *charrue*.

Et en ancien temps, devant la limitation des temps de mémoire, grand part des tenants qui tiennent par socage, devaient venir avec leurs socs... pour certains jour par an, pour arer et semer les domaines de leurs seigneurs; et pour ce que tels avérages[2] furent faites pour le vivre et la soutenance de leurs seigneurs, ils sont quittes envers leurs seigneurs de toutes manières de services. Et pour ce que tels services furent faits avec leurs socs, telle tenure fut appelée *tenure en socage*.

» Et puis après, tels services furent changés en deniers par consentement des tenanciers et par désir des seigneurs, savoir en une annuelle rente : mais encore le nom de socage demeure; et, en divers lieux les tenants encore font tels services avec leurs socs à leur seigneur, issint que toutes manières de tenures, qui ne sont pas tenures, par service de chevalerie, sont appelées tenures en socage. »

[1] *Voy.* Britton, ch. 66.
[2] Redevances.

Ces derniers mots de Littleton indiquent assez quel rapide développement avait pris, en Angleterre, la classe des propriétaires roturiers. Ce développement accéléré par le statut *quia emptores* [1], fit du socage le nom commun de toutes ces mille possessions qui ne furent pas tenues par *service de chevalerie.*

Le socage était beaucoup moins grevé que la tenure par service de chevalerie, car il n'était soumis ni au service militaire, ni à la garde, ni au mariage, lourdes charges qui découlaient de l'obligation de porter les armes [2].

Les expéditions de France, en forçant les rois d'Angleterre à changer en un impôt (*escuage*) destiné à solder des troupes mercenaires, le service personnel du feudataire (service limité d'ordinaire à quarante jours et incompatible avec des expéditions de longue durée), favorisèrent le développement du

[1] Ce statut permit de diviser la tenure et le service, sans le consentement du supérieur féodal; c'était briser la féodalité. « Quia de cetero (dit l'art. 2) liceat unicuique homini libero terram vel tenementum suum vendere ad voluntatem suam. Ita quod feoffatus (l'acquéreur enfieffé) teneat terram illam seu tenementum de capitali domino, *immediate*, per eadem servitia et easdem consuetudines, per quæ et quas feoffator illa prius tenuit. » Il est remarquable qu'on croyait agir ainsi dans l'intérêt du seigneur, pour éviter que les tenanciers ne touchassent seuls les profits du fief qu'ils sous-vendaient en couvrant l'acquéreur par leur hommage. Une ordonnance semblable avait été rendue en France par Philippe-Auguste (Ordonn., 1, 19, et Olim, t. I, p. 424); mais elle eut, ce semble, peu d'effet.

[2] Bracton, 1, 2, 25. « Tenentes qui tenent in socagio, socmanni dici poterunt; eo quod deputati sunt, ut videtur, tantum modo ad culturam, et quorum custodia et maritagia ad propinquiores parentes jure sanguinis pertinent. »

socage, en ajoutant à sa considération. Quand, pour contre-balancer les lourdes charges de la tenure noble, il n'y eut plus en Angleterre cette haute idée qu'en France nos aïeux attachaient au droit de porter les armes (idée qui vit encore dans nos cœurs, et qui, alors, mettait un abîme entre la possession roturière et le noble manoir dont le maître ne devait d'autre impôt que son sang); quand, dis-je, la tenure en chevalerie ne fut plus qu'une possession plus lourdement chargée que le socage, sans être plus privilégiée, les deux tenures se confondirent, et la tenure en chevalerie n'était plus qu'un mot sans valeur, quand Charles II fit du socage la condition commune des terres anglaises [1].

En même temps que le socage s'élevait à l'état allodial, la tenure des serfs et des vilains prenait la condition première du socage. Dès le règne d'Édouard I[er], nous voyons des vilains, soumis seulement à certains services exactement déterminés dans le livre terrier du seigneur [2], se perpétuer dans la possession du domaine. Les successeurs, assujettis par la coutume aux mêmes services, finirent par obtenir copie du livre terrier. Cette copie leur fut un titre de possession, et dès le règne d'Henri II, on voit des vilains, véritables serfs dont la personne et les biens étaient à la merci du caprice seigneurial [3], se transformer en tenants par copie (*copy-holders*) propriétaires véritables, qu'on ne peut expulser du

[1] 12. Charles II, ch. 24.
[2] Eden state of the poor, I, p. 13.
[3] Britton, ch. 66.

sol tant qu'ils satisfont aux conditions de leur tenure. Néanmoins, leur possession, souvent contestée, souvent méprisée par les seigneurs, n'était pas toujours parfaitement assurée; elle le devint plus tard, grâce à l'esprit libéral des juges anglais, comme nous l'apprend Littleton[1].

En France, où le pouvoir central fut longtemps sans force, où les rois, toujours en lutte avec de grands vassaux, épuisaient toute leur activité en des guerres intestines, la féodalité fut autrement puissante qu'en Angleterre, et le développement des classes moyennes, fortement comprimé, fut bien plus lent à s'établir[2]. La condition des roturiers fut donc, en France, plus longtemps voisine du servage que ne le fut, en Angleterre, la position des *socagers*. Les affranchissements dont on a fait tant d'honneur à nos rois, n'étaient, après tout, qu'une mesure fiscale. On faisait acheter aux serfs, moyennant un

[1] Littleton, Sect. 77. « Quoique aucuns tels tenants par copie aient inhéritance selon la coutume du manoir, ils n'ont cependant qu'état à la volonté du seigneur, selon le cours de loi commune. Car il est dit : si le seigneur les ôte, ils n'ont d'autre remède fors que de suer à leurs seigneurs par pétition, car s'il avaient autre remède, ils ne seraient dits *tenants à la volonté du seigneur selon la coutume du manoir.* Mais le seigneur ne voudra enfreindre la coutume qui est raisonnable en tel cas.

» Mais Brian, chef justice, dit que son opinion a toutes fois été et onques sera, si tel tenant par la coutume, payant ses services, soit éjetté par le seigneur, qu'il aura action de trépasse (d'*excès*) vers lui. H. 21, Ed. 4. Et ainsi fut l'opinion de Danby, chef justice, M. 7, Ed. 4, car *il dit que le tenant par la coutume est si bien enhérité d'avoir sa terre selon la coutume, comme celui qui a franc tenement suivant la commune loi.* »

[2] Bien entendu dans la France féodale, je parlerai plus loin du midi.

prix fort élevé, des libertés dont ils n'avaient que faire, car on leur vendait le nom, mais point la chose; et toutes les grandes et poétiques paroles du bon roi Louis le Gros, avaient toujours pour conclusion dernière : *Payez* [1].

Néanmoins, le progrès se fit, quoique plus lentement qu'en Angleterre, et par un procédé analogue; le serf prit, en quelque façon, racine sur le sol, puis transforma son service en redevances fixes, et qu'il fallut respecter. Cette transformation, commencée dès le dixième siècle, et qui a été si bien suivie par M. Guérard [2], dans son savant travail sur les Cartulaires, était achevée, en Flandre, dès avant le quinzième siècle; et Bouteillier nous représente les *tenants en cotterie*, ayant, comme les *socagers*, conquis le domaine, et maîtres du sol, sauf des redevances assez douces qu'il faut payer au seigneur [3]. Mais dans le reste de la France féodale, le servage, et même la censive, eurent des conditions plus dures, et jusqu'au dix-huitième siècle, il y eut des mainsmortables en Bourgogne, en Dauphiné et dans quelques autres provinces; notre liberté ne date que d'hier!

[1] *Voy.* à ce sujet le curieux affranchissement d'Étampes; Ordonn. XI, 312.

[2] Prolégomènes du Cartulaire du saint Père de Chartres.

[3] Bouteillier, chap. 84. « Tenir en cotterie, si est tenir toutes terres en possession de main ferme, c'est-à-dire qui n'*est tenue en fief*, que ruralement entre les coutumiers ou appelle terre vilaine, et ne doit hommage, service, ost, ni chevauchée, fors la rente au seigneur aux termes accoutumés, et à la mort double rente en plusieurs lieux. Mais doivent à leur seigneur service d'échevinage. »

En Allemagne, comme en France et en Angleterre, il est aisé de distinguer des vilains attachés à la glèbe, *Lassen*, *Landsiedel*, *Meyer*, *Zinsleute*, et des cultivateurs libres, connus sous le nom de *Landsassen*, *freie Bauern*, *Reichssassen*, quand ils sont indépendants du seigneur sous la juridiction duquel ils habitent, et sous le nom *Pfleghaften*[1], *hubarii*, *homines advocaticii*, quand ils sont sous sa protection, et qu'ils payent quelque redevance comme aveu de cette supériorité seigneuriale[2].

Les *Lassen* sont des serfs soumis à la main morte et au formariage; les *Pfleghaften* sont soumis à la juridiction du seigneur plus qu'à son domaine; mais la limite qui sépare ces deux droits est bien faiblement tracée. Le seigneur qui empiète, comme le colon qui usurpe ou se défend, se disputent une redevance bien plus qu'ils ne contestent ou prétendent la liberté; car la liberté est, à cette époque, une abstraction mystérieuse que personne n'essaye de réaliser; du serf au roi, tout est enchaînement de protection et de services; et cette protection, comme ces services, se marchandent et se disputent chaque jour, sans qu'on puisse établir aucune catégorie pour classer exactement les conditions diverses des possesseurs du sol. L'État est comme un instrument à mille degrés infinis, où ce que nous nommons liberté hausse et baisse continuellement. Il en est de la

[1] Glose sur le Miroir de Saxe, I, 2. « Pflegenhafft sind die, die in dem Laude Eygen haben, da sie sind pflichtig etwas zu geben, oder zu thun ; Vindest du *C. de Agric. et Censit.* § *His qui*.

[2] Sachsenspiegel, III, 45, § 4. Schwabenspiegel, 402, § 8.

société au moyen âge, comme des monnaies de l'époque : le titre s'altère et change chaque jour.

Aussi, pour nous occuper seulement de la position des paysans, quand les jurisconsultes arrivèrent pour la mesurer avec la règle inflexible des lois romaines, jamais ils ne parvinrent à la faire entrer dans leurs étroites classifications [1]; et Zasius, dans ses réponses, ne trouve d'autre moyen de définir l'état des serfs qu'en disant ingénument qu'il ne ressemble à aucune des conditions connues des Romains, et que, néanmoins, il tient de toutes [2].

Que le lecteur me pardonne, s'il ne trouve pas dans ces pages la sévère exactitude qui sourit aux admirateurs de la jurisprudence romaine. Quand chaque condition sociale n'était qu'un *à peu près* qui changeait chaque jour, c'est pour le jurisconsulte une nécessité de ne donner que des notions à demi satisfaisantes, après des tâtonnements qui lui coûtent une peine infinie. Donner un résultat certain est impossible, car la condition des personnes ayant suivi, dans le moyen âge, toutes les variations, toutes les modifications de la propriété, et ces modifications allant à l'infini, on est condamné à se contenter d'une moyenne forcément inexacte.

[1] Doneau et Lauterbach firent des serfs de véritables esclaves romains; d'autres les assimilèrent aux colons; Sichard et Brunemann y virent des affranchis, des *Latini Juniani*, etc. *Voy.* Hein. Elem. Jur. Germ., p. 47.

[2] Zazius Resp. sing., lib. II, c. 7. « Sic servi anonymi in nostrâ Germaniâ, homines proprii dicti, nec adscriptii, nec coloni, nec capite censi, nec statu liberi, nec liberti sunt, de omnium tamen naturâ aliquid participant.

CHAPITRE II.

Des bourgeoisies.

Il ne m'appartient pas d'entrer dans cette grande question des bourgeoisies qui a préoccupé tant de savants esprits, et qui, cependant, n'est point encore épuisée. Je dirai seulement que dans la France féodale, comme en Allemagne, les villes, dans le principe, étant habitées, pour la plus grande partie, par des vilains et des serfs, dont les personnes et les biens étaient à la merci des seigneurs, de l'évêque ou du roi, le premier effet de l'établissement d'une bourgeoisie fut absolument le même que celui d'un affranchissement; une bourgeoisie, c'était l'abolition de la *taille arbitraire*, de la *poursuite*, de la *main morte* et du *formariage*; en d'autres termes c'était le droit donné aux habitants de ne payer que des taxes déterminées, d'aller, sans être inquiétés, où leurs affaires les appelleraient, et de disposer librement et de leurs personnes et de leurs biens [1].

Telles furent les premières bourgeoisies de France et d'Allemagne [2]. Telle fut aussi la première condition des bourgeoisies de Flandre et d'Angleterre;

[1] *Voy.* Bréquigny. Préf. aux ordonn., t. XII. Anc. cout. de Bourges, art. 1; et les premiers articles des Chartes des communes.

[2] Pour l'Allemagne, *voy.* Hüllmann. Ursprung der Staende, p. 481 et suivantes, 2e édition.

mais le développement rapide du commerce et de l'industrie dans ces villes heureusement situées, ne laissa pas la législation se tenir à ces concessions toutes négatives, et qui, abolissant l'avanie de la servitude, rétablissaient des facultés naturelles plutôt qu'elles ne conféraient de véritables droits. A Londres, comme à Gand, villes industrieuses, il fallut de bonne heure, et une libre administration municipale, et une part dans le gouvernement; tandis que nos *bonnes villes*, pauvres et mal peuplées, disputaient péniblement des droits mal assis. La richesse est comme le mariage, elle émancipe.

Néanmoins, les villes de France et d'Allemagne eurent aussi leur développement industriel, quoique plus lent que celui de leurs puissantes voisines, et l'industrie amenant à sa suite une richesse nouvelle, la fortune mobilière, les bourgeois s'élevèrent au-dessus des roturiers de la campagne; la bourgeoisie devint une roture privilégiée. Il fallut que la noblesse cédât à ces parvenus une part de ses prérogatives, et la bourgeoisie devint une aristocratie au petit pied qui eut aussi le droit d'aînesse, le vol du chapon, et les priviléges de masculinité. L'exclusion des filles fut reçue dans la législation bourgeoise qui, en se rapprochant de la législation noble, finit par se confondre avec elle; et il a fallu la révolution et le Code civil pour détruire ces priviléges bâtards qui, sans but et sans utilité politique, opprimaient toute une moitié de la société pour favoriser la vanité de quelques bourgeois enrichis.

CHAPITRE III.

Classification des roturiers et des bourgeois.

Si maintenant nous voulons classifier les conditions roturières pour déterminer leur physionomie générale et le caractère du droit de succession, nous distinguerons trois grandes catégories.

1° Les roturiers, ce qui comprend les hommes libres soumis à la juridiction du seigneur plus qu'à son domaine, et quelquefois même complétement indépendants. De ces hommes libres, la succession est franche comme la tenure, et prend toutes les formes, depuis la succession aristocratique de fief jusqu'à l'égalité parfaite du code civil. C'est à cette catégorie qu'appartiennent les *Socagers* du quatorzième siècle; les *Pfleghaften*, les censiers, les bourgeois français et allemands de la même époque.

2° Les Vilains, demi-serfs et demi-roturiers, mais dont, chaque jour, la condition se rapproche davantage de celle des roturiers, jusqu'à ce qu'elle s'y confonde. C'est à cette classe qu'appartiennent, en Angleterre, les premiers *Socagers*, et plus tard les *Copy-Holders*, en France et en Allemagne les bourgeois du douzième siècle, les Vilains, les *Lassen* du treizième et du quatorzième siècle.

3° Enfin la troisième catégorie comprend les bourgeois flamands et anglais du quinzième, les bourgeois français et allemands des quinzième et seizième siècles; c'est l'époque où la bourgeoisie, séparée de la roture, est devenue comme une noblesse inférieure, qui se distingue et du peuple et des nobles, placée qu'elle est à égale distance des uns et des autres.

C'est cette transformation et ce développement de la législation roturière, que nous allons étudier maintenant.

TITRE PREMIER.

Succession des Roturiers et des Bourgeois.

CHAPITRE PREMIER.

Succession roturière.

La succession roturière n'étant pas contrariée par la condition féodale ou servile de la tenure, ne connut aucune des restrictions, comme aucune des préférences qui modifiaient la succession du vassal ou du serf; elle se régla par la proximité du degré, et sans admettre la distinction de sexe; le droit le plus généralement reçu, fut, à peu près celui que le Code civil a adopté.

Beaumanoir, ch. XIV. « Si villenage[1] vient à enfants, en descendant ou en écheoite[2], il n'y a point d'aînesse; ains emportent autant les mains nés comme les ainsnés.

» Quand ce sont villenages, les sœurs y participent, soit qu'il y ait hoir mâle ou non, et emporte autant la sœur comme l'hoir mâle, car, comment que villenages viennent, ils se départent par têtes, autant à l'un comme à l'autre, soit mâles, soit femelles[3]. »

Le Miroir de Saxe, plus fidèle aux premières coutumes germaniques, préfère les fils aux filles[4]; mais, dans les remaniements du quatorzième et du quinzième siècle, cette restriction disparaît et les filles partagent également avec leurs frères[5] : *Die Tochter nympt in unser Zeit zugleich Erbe mit dem Sohne*, dit la Glose (aujourd'hui la fille partage avec le fils).

Du reste la coutume allemande et la coutume française se ressemblent en ce point, que la fille mariée et dotée a droit de venir à la succession en rapportant ce qu'elle a reçu; ce rapport est une

[1] Beaumanoir appelle villenage ce que je nomme roture pour le distinguer de la tenure servile qui porta aussi le nom de villenage. Ce mot a tellement varié dans les significations successives, qu'il a reçues, que quelle que soit la valeur qu'on lui donne, on laissera toujours une foule d'acceptions en dehors.

[2] Succession collatérale.

[3] Établissem., ch. 132. « Quand homme coutumier a enfants, autant à l'un comme l'autre en la terre du père et de la mère, par droit, soit fils ou fille, et tout autant ès meubles, ès achats, et ès conquêts, *car bourse à vilain si est patrimoine*, selon l'usage de cour laie... » Sur le sens de cette expression, *voy.* Laurière, Ordonnances, I, 218.

[4] Sachsenspiegel, I, 17, § 1.

[5] Vermehrte Sachsensp., 1, 6, 3. Kayserrecht., cap. 13 et 14. Rechtsbuch Ruprechts von Fresying (édit. de Maurer), c. 7, 206. Stat. de Gosslar, I, 1. « De Nifte nimmt dat Erve. Sone unde Dœchtere sint like na Erve to nemende. Cout. de Magdebourg et de Soest, citée par Sydow. *Erbrecht des Sachsensp.*, n° 344.

obligation dans les coutumes françaises qui, généralement sont curieuses d'établir l'égalité parfaite entre tous les enfants [1]; c'est une simple faculté dans les coutumes allemandes et anglaises, qui, plus favorables au mariage, permettent à la fille de se tenir à sa dot, alors même que la dot excéderait la légitime [2].

Le rapport est un des caractères les plus remarquables de la succession roturière, ce en quoi elle se distingue le plus nettement et de la succession vilaine, où le rapport n'est plus possible, s'il n'y a enfants en Celle, et de la succession bourgeoise qui, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, se servit de la dot pour exclure les filles de la succession paternelle.

L'égalité des frères et sœurs fut, avons-nous dit, la condition commune des successions roturières, mais il y eut de nombreuses exceptions, car le nom de roture comprit des tenures d'espèces fort diverses, depuis la concession la plus étroite jusqu'à la propriété la plus large.

Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir en certaines rotures qui se rapprochent du fief, dont elles diffèrent par le service plus que par la concession, de

[1] Établissement, ch. 132. « Et s'il advenoit que l'un eût trop grande part, et il ne voulût retourner à l'écheoite du père et de la mère et les autres lui demandassent : Vous avez eu trop grande part, venez frérager avec nous, et si nous faites droit retour, adonc droit donneroit que sa partie seroit vue par prudhomme, et si il avoit trop eu, il leur feroit droit retour sauf les amendements s'il les y avoit mis, comme nous avons dit cy-dessus. »

[2] Sachsensp., I, 13, § 1. Schwabensp., c. 285, § 7. Littleton, section 267.

voir, dis-je, la terre donnée aux fils et les meubles à la fille [1], absolument comme dans la loi des Thuringes et les premières coutumes féodales. Ailleurs, nous verrons les filles exclues et les frères partageant également; c'est encore la coutume germanique et le premier usage des fiefs; car le droit d'aînesse est beaucoup moins ancien qu'on ne le suppose communément. L'exclusion des filles et l'égalité des frères, que nous avons rencontrées dans le Miroir de Saxe, se retrouvent en Irlande, dans le pays de Galles [2] et dans le comté de Kent, sous le nom de *Gavelkind;* cette coutume, admise également par les lois flamandes et wallones [3], les Gallois la rattachaient à l'ancienne loi Saxonne, qu'ils avaient seuls conservée dans toute son intégrité, n'ayant jamais été conquis par les Normands.

Littleton, Section 210 : « Mais en la comté de Kent, où terres et ténements sont tenus en *Gavel-kind* [4], là où par la coutume est usé de temps dont mémoire ne court, les fils mâles doivent également hériter. Cette coutume est louable parce qu'elle est avec aucune raison, puisque chaque fils est aussi grand *Gentleman* comme est l'aîné fils, et par aventure, il s'élèvera à plus grand honneur et valeur, s'il a quelque chose de ses ancêtres. »

Une coutume non moins curieuse, et que Britton

[1] Lois de Burchard, évêque de Worms (Hist. du Droit de Propriété. Appendice), § 10.

[2] Par le Statut, 35 H. VIII, c. 26, la succession des tenures en gavelkind du pays de Galles, fut soumise à la loi commune.

[3] Lille. Des success., art. 25, 27. Mons., ch. I. *Voy.* aussi pour une telle coutume, Olim, I, 72.

[4] Gavel (d'où notre mot Gabelle) signifie rente, revenu. Gavelkind est ainsi une espèce de tenure en censive. Il est remarquable qu'en Gavel-kind, le douaire est à moitié.

rattache également aux anciens usages saxons, c'est la coutume de *Burg English* (des bourgs anglais) qui donne toute la succession au dernier fils, et à défaut de fils, au plus jeune frère.

Littleton, Sect. 211 : « Cette coutume est avec aucune certaine raison, pour ce que le fils puîné (s'il luy manque père et mère) par cause de sa jeunesse, se peut le plus moins de tous ses frères, luy-même ayder. »

Ce droit, si opposé à l'esprit des fiefs, et qui paraît d'origine celtique, se retrouve dans les montagnes de la Forêt-Noire, et en quelques autres contrées d'Allemagne [1]; en France, il exista dans la Flandre et le Hainaut, sous le nom de droit de *Maisneté*, et s'exerça tantôt sur les meubles et tantôt sur les immeubles [2]; mais, en général, la *Maisneté* fut un préciput, et non pas un droit exclusif dans la succession paternelle.

En Bretagne, au contraire, dans quelques usements du duché de Rohan, ce droit fut exclusif comme celui du *Burg-English*, et le dernier né, demeura maître de tout le domaine congéable, les meubles seuls se partageant entre les autres enfants; et quand le dernier né mourut sans héritiers directs, après avoir été saisi du domaine, le seigneur succéda à l'exclusion des aînés [3]. Ce droit singulier se nommait droit de *Quevaize* [4].

[1] Laurière, Glossaire. V° Mainsnés.

[2] Cambrai et Lille ont des titres spéciaux *du Droit de Maisneté*. *Voy.* aussi Valenciennes 134 et suiv.

[3] Usances locales du domaine congéable de Cornouailles. Cout. génér., t. IV, p. 410, art. 32.

[4] Quevaize est probablement le même mot que *chevage*, *che-*

CHAPITRE II.

Succession bourgeoise.

Le premier effet des bourgeoises fut, avons-nous dit, l'abolition de la main morte, et le droit accordé aux nouveaux affranchis de transmettre l'héritage à leurs enfants, droit sans lequel il n'y a pas de véritable propriété. Le seigneur ne se réserva plus que la deshérence [1]. Du reste, ce fut la concession qui fixa le degré au delà duquel s'arrêtait le droit successif, et il n'est pas rare de voir la succession bornée au quatrième ou cinquième degré, dans les premières bourgeoisies [2]; cette réserve seigneuriale disparaît dans les concessions du quatorzième siècle, et le droit de s'entre-succéder à l'infini, est reconnu dans toutes les nouvelles bourgeoisies [3].

Pour les vilains, la révolution fut la même; la mainmorte tomba presque partout, soit complétement, soit imparfaitement; et, dans ce dernier

vaige (capitagium), *kevaige*, dans les coutumes picardes. *Voy.* aussi Sauvageau sur la Coutume de Bret., t. I, p. 23.

[1] *Voy.* la Thaumassière, Anc. Cout. de Berry, p. 20, 67; 14, 126, et le tome XI des Ord. des rois de France. Pour l'Allemagne, *voy.* Schannat, Hist. Ep. Worm., t. II, p. 84. Pour l'Italie, Muratori, et Sclopis, Storia dell antic. leg., 296 et suiv. Pour la Hollande, Mieris Charterboeek, I, p. 152.

[2] La Thaumassière, Anc. Cout. p. 80, 90, 110 et 43, 103.

[3] Bourgeoisies de Saint-Palais, La Thaumassière, Anc. Cout., p. 114.

cas, elle fut remplacée par un droit de relief (*Mortuarium*, *Bestehaupt*) payé au seigneur à chaque mutation; tel était même, en général, le dernier état de la main morte en France, en Allemagne et en Suisse.

L'affranchissement ne pouvait changer en un jour des habitudes de plusieurs siècles; aussi, dans les premières bourgeoisies, la vie commune subsista-t-elle avec ses avantages et ses inconvénients [1], et cette communauté ne disparut que dans la première réformation des coutumes au quinzième siècle. Mais il y eut cette différence entre la communauté bourgeoise et la communauté vilaine, que la première n'eut d'effet qu'entre les communiers, sans que le seigneur y pût rien prétendre, et que la séparation d'un enfant ne donna jamais ouverture au droit du seigneur, en faisant tomber la communauté. Cette séparation ne fut préjudiciable à l'enfant apanagé que lorsqu'il se trouva concourir avec des frères ou sœurs restés en Celle; je reviendrai dans un instant sur ce point.

A mesure que se développa la richesse générale, ces communautés, qui gênaient toute liberté d'action, devinrent de plus en plus onéreuses, et dans les villes industrieuses, telles que Paris, par exemple, on les abolit de bonne heure. Ainsi, une ancienne cédule du *Parloir aux Bourgeois* que nous a conservée Choppin [2], nous apprend qu'au treizième

[1] Anc. Cout. de Bourges, données par La Thaumassière, p. 250 et suiv., art. 22, 36.

[2] Sur Paris, liv. II, tit. II, n° 31. Voici ce morceau, qui

siècle, on refusait de laisser continuer la communauté entre les enfants et le père ou la mère restés veufs; la continuation de communauté telle qu'elle s'établit plus tard, entre les enfants et l'ascendant qui ne faisait point inventaire, fut donc réellement une punition de la négligence et de l'incurie, comme l'a pensé Laurière.

Le partage égal entre frères et sœurs fut la condition première des bourgeoisies; la préférence des

donne de curieux détails sur la forme de prouver les coutumes:

« Le lundy devant la Saint-Barnabé, l'apôtre, de l'an de grâce 1293, fut lue au parloir des bourgeois une cédule en la manière qui s'en suit: —Entend prouver que devant vous, sire juge, Jehan Thiboust, contre Colin Thiboust, son frère, que l'usage et la coutume de Paris est telle que quand un prud'homme, ou une prude femme sont demeurés après le décès de l'un, et enfans demeurant avec le père ou avec la mère, les enfans qui demeurent avec eux, ne peuvent ni doivent accompagner l'un avec l'autre, *car le père et la mère sont chefs d'ostel.*

» Ainsi appert-il que quand on ne peut compagnier avec le chief, ceux qui sont dessous le chief, ne peuvent compagnier, s'ils ne s'entre-accompagnent par paroles ou par certaines choses mises ensemble pour compagnier. Et parce que l'usage et la coutume de Paris est tel que enfans n'acquièrent pas avec père ni mère, près la mort de l'un, dit Maître Jehan, que ledit Colin ne peut accompagnier, ni ne doit.

» Et ces usages et coutumes sont si notoires, que bon juge les doit savoir de son office.

» Laquelle cédule, vue, lue et entendue diligemment de Jehan Papin, prévôt des marchands, et présents audit parloir, à ce mandés, N. N. il fut répondu, registré, témoigné et accordé d'eux que les enfans demeurans avec le père ou avec la mère, s'ils font aucuns acquêts, ils sont ceux au père ou à la mère, sans contredire par la coutume de Paris, ni ils ne font point de compagnie, et morts le père et la mère, tous lesdits biens reviennent aux enfans, et sont communs entre eux, et lors se fait compagnie entre eux jusques à tant qu'ils fassent division de tous leurs biens entre eux. »

Le droit romain a une influence visible sur cette puissance du père, chef d'hôtel, puissance qui ne souffre pas compagnie.

mâles soit absolue soit relative, ne s'introduisit que plus tard, vers le quinzième siècle, quand la bourgeoisie devint noblesse. Dans les coutumes antérieures, on trouve presque toujours le partage égal, et l'on devait arriver à ce résultat d'autant plus facilement, que l'affection naturelle, l'usage des rotures et l'influence du droit romain, étaient trois éléments puissants qui concouraient à établir et à maintenir cette égalité.

Ancienne coutume de Normandie, tit. XXXI.

... « En tenure par Bourgage... les sœurs y doibvent avoir autel partie comme les sœurs. »

« Consuetudo, dit en son commentaire Guillaume le Rouille, in hoc casu nos reducit ad jus commune in *L. inter filios C. famil. ercisc*, *etc.*, quibus juribus cavetur quod hereditas inter filios et filias debet æqualiter dividi. »

Très-anc. cout. de Bretagne, ch. 106. « Et les enfants aux bourgeois ou autres gens de basse condition, doivent être aussi grands les uns comme les autres, tant en meubles qu'en héritages [1].

Je n'insisterai pas plus longtemps sur ce point sans difficultés. Une question plus neuve, c'est de déterminer quelle était la portion des enfants dans les coutumes allemandes ou françaises qui admettaient la continuation de communauté entre l'ascendant survivant et les enfants. A cet égard, il y eut une diversité infinie, la part des enfants dépendant toujours de celle que donnait la loi à la mère, il y eut autant d'espèces de successions que d'espèces de

[1] *Voy.*. Dourdan, 114. Meaux, 41. Melun, 94. Perche, 62. Orléans, 305. Bourbonnais, 300. Maine, 285. Anjou, 267. Tours, 297. La Marche, 216.

communautés. Toutes les coutumes se ressemblent du reste en ce point, qu'elles admettent l'égalité parfaite des frères et des sœurs; toute la difficulté porte sur la part de la mère et sur celle des enfants, chacune d'elles se limitant par l'autre.

L'égalité entre frères et sœurs n'était point sujette à contestation tant qu'il n'y avait que des rotures dans la succession; mais quand il s'agit de partager le fief, alors s'éleva une question des plus graves. Comment se devait partager le fief entre roturiers; comme fief ou comme roture? la condition de la personne devait-elle l'emporter sur la condition de la chose; ou la condition de la chose sur celle de la personne?

Chaque coutume prit un parti différent; les unes se déclarèrent pour les principes féodaux et n'appelèrent que l'aîné ou les mâles à succéder aux fiefs [1]; d'autres, plus humaines, appelèrent les filles en concurrence avec les frères [2]; mais, en général, le fief se partagea noblement entre roturiers; il y eut droit d'aînesse et exclusion des femmes à égalité de degré [3]. Réciproquement la succession des rotures

[1] Cout. de Magdebourg de 1304, art. 29. « Hate ein man Kindere, beide Sune und Tochtere... das Eigen and das gereite Gut teilen sie gliche... das Lehn nemen die Knechte bevor. » Schwabenspiegel, 128.

[2] Cout. de Mulhouse du XIII[e] siècle (publ. par Grashof, p. 243) : « Iz das ein man und ein Vrowe zu samini kumin an rechtir È... iz das su sterbin, so erbit ure Guit glich uf uri Kint... und diz eine Kint heit alse gut Recht an dem Guite alse diz andere, is si Wibisname edir Mannissmane, beide an Egine und an Erbi. und och an Varndir habe *und dazu an me Lene.* »

[3] Coquille, Inst. au D. franç., p. 108. Paris, 13. 19, 323, 331. Klimrath, Études sur les Cout., p. 112 et suiv.

se partagea vilainement entre les nobles, et chaque enfant y eût part égale [1].

C'est une des lois constantes du moyen âge que la terre l'emporte toujours sur la personne; et c'est ce principe tout féodal qu'il paraît, qui, en empêchant le développement exclusif des castes de naissance, a fini par confondre et mêler tous les ordres de citoyens.

CHAPITRE III.

Des filles apanagées et des renonciations aux successions futures.

Le droit de marier et de doter ses enfants fut encore une conquête et un privilége des bourgeoisies [2]; jusque-là, par le renversement des idées les plus naturelles, la fille du serf était en quelque façon considérée comme une chose qu'on ne pouvait aliéner au préjudice du seigneur; la doter, c'était également appauvrir le maître du domaine. Corps et biens, tout lui appartenait.

Mais la victoire une fois complète, et les filles en possession de leur dot, ce fut un usage général pour la bourgeoisie comme pour la noblesse, que la fille apanagée se contentât de son don, et ne vînt point

[1] Pérone, 188; Senlis, 133; Chartres, 7, 97; Dreux, V, 88; Orléans, 302; Poitou, 280; Angoumois, 85; Bretagne, 548.

[2] La Thaumass, Anc. Cout., p. 23, 93, 125. Galland, Franc-Alleu, p. 324. Ordonn. des rois de France, t. XI, passim.

en concurrence avec ses frères, à la succession de ses père et mère; la dot lui fut une légitime, quel qu'en fût le chiffre, ne fût-ce même qu'un *chapel de roses*, comme le dit la coutume de Touraine [1]. Cette exclusion n'était à l'origine que l'application du principe que nous avons exposé en parlant des communautés vilaines. Et en Allemagne comme en France, le fils apanagé et sorti de la maison paternelle (*Gesondert*, *Abgesondert*) fut exclu de la succession au bénéfice des enfants restés en celle [2]. Plus tard les filles seules subirent cette infériorité, mais par un tout autre motif. Ce fut l'orgueil bourgeois qui les exclut.

Cette exclusion s'établit, dans l'origine, par une renonciation faite dans le contrat par la fille apanagée, consentie par le mari, confirmée par le serment de tous deux. Aussi quand le père avait manqué aux grands principes de la jurisprudence coutumière en avantageant une de ses filles au préjudice de l'autre, il fallait que la plaignante, avant de demander le rapport, se fît relever de son serment par le supérieur temporel et ecclésiastique.

Anc. Cout. de Berry, ch. 110 [3] : « La coutume est telle, et raison le veut que nul père ne doit ni ne peut donner à un de ses enfans plus qu'à l'autre, au moins si ce n'étoit du consentement de ceux à qui la chose touche, et prends ainsi qu'un père marie une sienne fille et lui donne 200 livres en mariage; et puis, après un certain temps, en marie une autre et lui donne 400 livres; de raison, la première pourra demander puis aux enfans de son dit

[1] Anc. Cout. de Berry, art. 25 (La Thaum., p. 209).
[2] Heydemann, die Elemente der Joachimischen Const., p. 68.
[3] La Thaumass., p. 283.

père, autant que la dernière aura eu; mais avant que son mary et elle soient recevables à le demander, il faut qu'ils soient dispensés du roy et de leur prélat, car autrement ils seroient amendables, parce qu'ils viennent contre leur serment.

» Et *nota* qu'à Aubigny la coutume est telle, qu'une fille une fois mariée de père ou mère, ou parens, ne peut retourner, si ce n'est par faute d'hoirs. »

Cette dernière remarque nous montre quel mouvement se fit dans la législation au sujet des renonciations; simplement contractuelles à l'origine, elles furent coutumières un siècle plus tard; l'exception devint la règle, et le contrat de mariage servit non plus à exclure la fille, mais, au contraire à la rappeler.

Auvergne, ch. XII, art. 27 : « Le père et autres ascendans, en mariant, en premières noces, leur fille et autres descendans en droite ligne, peuvent réserver à leur dite fille et autres descendans en droite ligne, droit successif de père, mère, et autres susdits parens. »

Ce rappel était du reste vu d'un œil si peu favorable par la jurisprudence, qu'on l'interprétait comme une clause odieuse et qu'il fallait restreindre dans l'intérêt de la conservation des maisons, comme on disait alors; c'est ainsi qu'un arrêt célèbre, connu dans les recueils sous le nom d'arrêt des Clemançons, décidait que si le rappel ne parlait que de la succession du père, la fille resterait exclue de la succession collatérale, et ainsi ne succéderait point à ses frères, même pour les biens qu'ils avaient recueillis dans la succession paternelle.

Plus sage que la plupart des coutumes, Poitou avait distingué la renonciation des filles nobles, de

la renonciation faite par les roturières; l'une faite dans un intérêt de grandeur, l'autre dans un intérêt de vanité; pour les filles nobles la renonciation avait lieu de plein droit; c'était une exclusion coutumière; pour les roturières il fallait renonciation expresse insérée au contrat de mariage [1].

Je ne parlerai du droit de tester, accordé au père par les priviléges de bourgeoisie, que pour dire que le bourgeois ne pouvait, non plus que le noble, avantager un de ses enfants plus que l'autre [2]; cette égalité fut une des maximes les plus générales et les plus incontestées de la législation du moyen âge.

CHAPITRE IV.

De la tutelle roturière et de la garde bourgeoise.

Les rotures se distinguaient des fiefs par l'heureuse égalité du droit de succession; elles s'en distinguaient plus avantageusement encore par l'exemption du droit de garde et de mariage, lourdes charges que ne compensait pas toujours l'honneur attaché à la possession du fief.

Britton, ch. 66 : « Et sont autres manières de tenures (que les fiefs) si comme petites serjeanteries, sokemanries, franches fermes, freefermes, burgages, anciens domaines, franche-aumône,

[1] Poitou, Anc. Cout., 200, 201, Touraine, art. 284, et Lodunois, ch. 27, art. 26, ne parlent également que des filles nobles.

[2] Anc. Cout. de Bourges, art. 110.

franc-mariage et villenage. Desquels fiefs nulle garde ne append, mais nourriture seulement de celui qui prochain lui sera en parenté devers la mère, si l'héritage descend de par le père, ou du plus prochain de sang devers le père, de l'héritage descendant de par la mère [1], et les quels gardiens sont plus sergeans que gardiens, car si ils ne rendent loyal compte des issues de tels héritages à quelle heure que les hoirs voudront ce compte ouïr, si sont tels gardiens emprisonnables et punissables comme autres sergeans.

» Et nul certain temps n'est limité pour l'âge (la majorité) de tels hoirs; mais sitôt comme ils sachent discrétion de terres gagner, drap auner, et deniers compter, et sagement marchander, si voulons qu'ils soient d'âge, et les femelles sitôt comme elles savent discrétion, et les ordonnances qui appendent à faire en l'ostel [2]. »

Qui le croirait, ce fut encore un privilége des bourgeoisies de permettre au père de donner un tuteur à ses enfants? Nous avons l'ordonnance de Philippe-Auguste, qui accorde ce droit aux habitants de Bourges, en l'an 1197 [3].

Cette tutelle était, comme on peut bien penser, la tutelle roturière et non la garde féodale; un droit dans l'intérêt du mineur, comme fut la tutelle romaine des derniers temps, et non point un privilége dans l'intérêt du seigneur, comme fut la garde, ou dans l'intérêt des agnats, comme fut la tutelle dans dans les premiers siècle de Rome.

[1] « Quia, dit Bracton, nunquam remanebit in custodiâ alicujus de quo suspicio haberi possit, quod jus clamare in ipsa hereditate. » *Voy.* aussi Glanvilla, lib. VII. c. XI.

[2] Littleton, sec. 123. Fleta. I. c. 9. § 4.

[3] Ordonn., t. I, p. 25; La Thaumass., Anc. Cout., p. 63. Cout. des ministériels de Magdebourg : « Dat Hovelen schall erven uppe Sone, Dochtere, Brodere, Sustere, Vader, Moder, *uppe dat Hovelen der Dienstlude ne havet de Bischop nen Anevelle.* » Mais, en Allemagne, il y a souvent un droit de garde au profit du seigneur, même sur les villenages. *Voy.* Kraut, p. 141-143.

Cette tutelle était réelle, comme toutes les institutions féodales, c'est-à-dire qu'elle se déterminait par considérations prises de la chose plutôt que de la personne; ainsi, par exemple, un enfant (noble ou non, peu importe), héritier à la fois de fiefs et de rotures, était pour ce qui concerne les fiefs, mineur jusqu'à vingt-un ans et en la garde du seigneur; tandis qu'en ce qui concerne les rotures, il était en simple tutelle, et majeur dès l'âge de quatorze ans [1]. Cette distinction de la garde et de la tutelle se retrouve en tous les pays féodaux, France, Angleterre, Allemagne; à Naples, c'est un adage souvent répété : *Baillius in feudis, tutor in burgensaticis.*

La tutelle était une charge pour le père ou la mère survivants, quand la communauté ne se continuait pas, puisque ni l'un ni l'autre ne faisaient les fruits siens [2]. Aussi fut-ce un des plus beaux priviléges des bourgeois de Paris, d'avoir sur leurs enfants, un droit de garde qui ne le cédait en rien aux prérogatives de la garde noble.

[1] Beaumanoir, chap. XV.

[2] Cout. de Berry, ch. V (La Thaum., p. 258) : « La coutume des enfans mineurs qui demeurent en la garde de leur mère, ou d'aucuns de leurs amys, qui ne sont nobles, est telle : L'enfant ou les enfans, si plusieurs y en a, demeureront en la garde de leur mère ou de leur amy, jusques à tant qu'ils aient touché le XV[e] an; ni ne fera jamais celui ou celle qui aura la garde, les fruits siens, ains la garde finie, rendra à l'enfant tout ce qu'il aura levé de sa terre, rabattra tout ce qu'il aura despendu pour l'enfant nourrir, pour le soutenement de ses héritages, ou pour ses dettes payer..... *et ainsi n'est pas entre nobles, car ils font les fruits leurs, durant la tutelle.* »

Grand Coutumier, f° 87, R°. « Item par l'usage et coutume notoire gardée et observée en la ville et banlieue de Paris, le survivant de deux conjoints par mariage, tant soient-ils gens de pooste, a la garde de leurs enfants et fait les fruits siens de leurs héritages, s'il leur plaît, en les nourrissant, tout ainsi comme il est accoutumé entre les nobles, et pour raison de la noblesse dessus dite, et à cause d'icelle noblesse, tous bourgeois de la dite ville sont en la sauve-garde du roy ».

Ce droit de garde a été reçu par le Code civil, tel à peu près qu'était la garde bourgeoise; le père ou la mère gagnent les fruits des biens de l'enfant mineur, jusqu'à ce qu'il ait dix-huit ans accomplis, et cet usufruit se perd, comme autrefois la garde, par le second mariage de la mère.

TITRE II.

Mariage des Roturiers et des Bourgeois.

CHAPITRE PREMIER.

Mariage roturier.

« *Mari et femme sont communs en tous biens* » *meubles et immeubles, au lieu que jadis, elle n'y* » *prenait que le tiers* [1]. »

C'est ainsi que Loisel énonce l'ancienne coutume

[1] Loisel, Instit. cout., tit. de la Communauté, art. 8.

française, coutume passée, sans doute, des lois barbares dans nos statuts provinciaux, mais qui, modifiée et altérée par le temps, ne se retrouve plus avec sa physionomie primitive, que dans les usages normands, d'où elle est passée dans les lois anglaises. En Normandie, comme dans les lois franques, la communauté n'existe point, à proprement parler, et les femmes n'ont sur les meubles et les conquêts qu'un *droit de veuve*, un *gain de survie* qui s'ouvre à la mort du mari [1]. Ce droit est encore du tiers, sauf en quelques pays plus voisins de la France, où la femme, sans être commune, a la moitié des conquêts et des meubles.

Ce droit de moitié, généralement adopté par les coutumes françaises, fut longtemps un droit de veuve plutôt qu'une communauté, comme je l'ai dit plus haut en parlant des prérogatives de la veuve noble, et comme l'explique fort bien le glossateur du coutumier normand, parlant des bourgages sur lesquels la coutume donne aux femmes un droit de moitié après la *mort de leurs maris*.

« Par ce mot *après la mort de leurs maris*, peux noter que les femmes ne peuvent rien demander au vivant de leurs maris, mais les peuvent leurs maris vendre et aliéner sans le consentement d'elles, et sans ce qu'elles les puissent rappeler en l'an et jour de la mort de leurs maris, ainsi qu'elles feraient leurs héritages, s'ils les avaient vendus et aliénés en leur vivant, sans leur consentement. Et peut-on dire que telles venditions ne sont réputées fors aussi comme choses mobilières, et de ce parle aucunement le texte en latin, en ce chapitre, au commencement qui met :

[1] Normandie, art. 389.

« *In tenuris autem per burgagium, sciendum est quod possunt vendi et emi ut mobile*[1].

Ce droit de moitié était si peu considéré comme un droit de communauté, que je vois sous le règne de saint Louis contester à la femme sa part dans les conquêts, et cela, dans la coutume de Paris même[2]. Le Miroir de Saxe, qui donne aussi à la femme une part dans les acquêts, ne connaît point non plus de communauté ; la femme hérite de cette part des acquêts et des meubles qui font partie de la *gérade;* l'autre partie appartient aux héritiers du mari, sans que la coutume ait égard à la quotité respective de ces deux parts[3].

Du reste, à côté des coutumes normandes et anglaises qui ont résisté à l'introduction de la communauté, et cela par suite de l'exagération de la puissance maritale, on trouve des coutumes contemporaines, et souvent même des diplômes beaucoup plus anciens qui reconnaissent à la femme soit un droit de veuve plus étendu que le tiers des conquêts, soit même un véritable droit de communauté. Cette diversité, qui remonte aux lois barbares et qui tient à la fois et à la différence des races, et à l'infinie variété de la loi féodale, nous la retrouverons dans le droit de communauté admis par les différents statuts municipaux. Depuis la sévérité jalouse des coutumes anglo-normandes jusqu'à la communauté ab-

[1] Anc. cout. de Norm. Glose sur le chap. 31. Basnage sur Norm. 389.
[2] Olim, I, 565, XXIV.
[3] Sachsenspiegel, I, 24, § 1, 3, Sydow., 825.

solue des villes allemandes, nous verrons ce droit subissant toutes les modifications possibles, et nous n'imaginerons pas un régime de biens à imposer aux époux, qui n'ait été réalisé dans quelque coutumier du moyen âge. Cette époque est le règne de la variété, et il n'est guère de système qui ne puisse trouver quelque fondement dans cette infinie diversité; c'est là tout à la fois le charme et le danger de ces curieuses études [1].

CHAPITRE II.

De la communauté dans les bourgeoisies et les rotures.

Dans les rotures et les bourgeoisies, la communauté conjugale fut en général de même nature que les communautés de serfs et de vilains, formées par la réunion en une même maison de gens dont l'avoir et le travail sont perpétuellement confondus; telle fut, ce me semble, l'origine incontestable de la communauté dans les villes de France. Qu'on lise Beaumanoir, ou les anciennes coutumes de Berry [2],

[1] Le Miroir de Saxe parlant des coutumes des ministeriales, se plaint de cette variété sans fin. Sachsenspiegel, III, 42, § 2; ainsi fait Beaumanoir en son introduction. Si cette diversité, dans un même siècle et dans un même pays, embarrassait un si excellent esprit, quelle indulgence ne doit-on pas avoir pour celui qui veut embrasser dix siècles, et dix pays à la fois? *Voy.* aussi Eichhorn. R. G., § 370.

[2] La Thaum. Anc. cout. de Berry, art. 26, p. 210.

ou la coutume de Nivernais, on verra qu'on ne distingue jamais entre l'une et l'autre de ces associations; que les droits du mari sont ceux d'un chef de communauté, et les droits de la femme ceux d'un *parsonnier*.

Toutefois il y eut entre la communauté des villes et la communauté des campagnes une différence sensible, et qui tint à la nature des biens possédés. Dans les communautés serviles où la manse appartient au seigneur, ce qui reste à partager ce sont des meubles, c'est-à-dire des objets dont la propriété primitive est souvent difficile à constater, et dont l'usage appartient à tout le monde; de là une confusion inévitable, et la loi prend le parti le plus sage quand, sans distinguer parmi ces biens, elle les partage également entre les enfants et l'époux survivant; mais dans les villes ce fut tout autre chose; les époux possédèrent souvent des immeubles, et sur les *propres*, toujours faciles à reconnaître, il y eut le droit des héritiers qui s'opposait à l'aliénation et par conséquent à la confusion des patrimoines; la communauté des villes eut donc un caractère particulier qui la distingua des ménages rustiques. En général, on respecta le droit des héritiers; les propres restèrent en dehors de la communauté qui ne se composa que des meubles et des conquêts. Ce système, encore aujourd'hui le nôtre, et le plus universellement adopté en Europe, régna presque sans partage dans nos anciennes coutumes, dans la Flandre, dans le pays autrefois occupé par les Ripuaires, et ce n'est pas sans raison qu'on

l'a nommé par excellence la coutume française.

Pour l'Allemagne, on donne généralement à la communauté une autre origine et on la fait dériver d'un adoucissement du *Mundium*. Mais cette opinion qui a contre elle M. Gaupp, qui dans son ouvrage sur la constitution des Saxons a émis des idées voisines des nôtres[1], cette opinion, dis-je, est loin de donner une solution satisfaisante.

Il est bien certain que le *Mundium*, comme la *Manus* romaine, a confondu tous les biens de la femme dans ceux du mari, et ainsi a établi une masse indivise dont le mari s'est trouvé le seul administrateur; mais ce n'est pas le *Mundium* qui a établi le droit de la femme sur la masse, puisque nous voyons que dans les coutumes anglaises et hollandaises, restées fidèles à la sévérité germanique, la femme n'a jamais eu sur la fortune conjugale d'autres droits que ceux d'un héritier.

Toutefois je ne voudrais point rejeter de façon absolue l'opinion d'hommes aussi savants que Mittermaier, Philipps, Eichhorn, et je ne nierai pas que leur système, qui me semble inadmissible pour le développement de la communauté dans les villes souabes, ne puisse être fondé pour le Nord; la communauté est un fait complexe, et lors de la fusion qui se fit au quatorzième et au quinzième siècle, on a désigné par un même nom des régimes jusque-là fort divers; mais je ferai remarquer que le développement de l'industrie, seule raison sur

[1] Gaupp. Verfassung der Sachsen, p. 172 et ss. *Voy.* aussi pour la Suisse, Blurtschli, I, 443, inf.

laquelle on s'appuie pour expliquer l'adoucissement du *Mundium*, ne me paraît pas suffisant pour expliquer le changement qui se fit dans la position de la femme.

Dans le Miroir de Saxe, la communauté n'existe point encore; sur les biens immobiliers du mari, la femme n'a d'autres droits que le douaire, et sur les meubles que la *gerade;* le droit des héritiers du mari empêche d'aller plus loin, et la femme n'est point considérée même comme une héritière; un *Weisthum* des échevins de Magdebourg de l'an 1261 le déclare positivement. *Ofte ein Man ein Wip nimet, stirbit die Man, das Wip ne havet in seine gute nicht* [1].

Dans les statuts municipaux du quinzième siècle, le droit des héritiers a cédé devant la faveur du mariage, et ce privilége tombé, on a remplacé les avantages immobiliers et mobiliers que la loi donnait à la femme, par une part de la fortune totale du mari, le tiers communément [2] et quelquefois la moitié [3]. Évidemment il y a là dans cette réforme l'adoption d'un régime nouveau; la communauté a remplacé le système germanique qui donne au mari toute la puissance et toute la propriété.

Cette réforme ne fut du reste que la consécration d'usages qui s'étaient établis comme d'eux-mêmes, et avaient triomphé de la rigueur des lois germaniques. Dès le treizième siècle on trouve déjà des cou-

[1] Heydemann. Die Joachimische Constitution, p. 89, 191.
[2] Gœschen. Statuts de Gozlar, p. 276, 279.
[3] Heydemann, 213.

tumes locales qui attribuent à la femme la moitié des biens communs. Heydemann nous a conservé un de ces usages, antérieur à l'an 1281 [1]. Cette faveur des femmes, qui fut une exception dans les pays régis par le statut de Magdebourg, fut du reste de droit commun dans les villes soumises au droit westphalien, ainsi que je l'ai fait observer plus haut.

CHAPITRE III.

De la communauté depuis le quinzième siècle jusqu'à nos jours.

Lors de la réformation des coutumes, il se fit en France une révolution complète dans la position des époux nobles. La communauté, qui n'existait qu'entre roturiers, bourgeois ou vilains, fut étendue aux unions nobles; le droit au mobilier et aux acquêts, que nos anciennes coutumes reconnaissaient à la veuve, devint un droit de communauté.

Le procès-verbal de la coutume de Blois nous a conservé le souvenir de cette importante altération.

« Procès-verbal de la coutume de Blois. Sur le 182e article qui est audit chapitre de *Mariage*, contenant : *Par le trépas de l'un des deux conjoints, tous les meubles que lesdits conjoints auront lors du trépas du premier décédé d'eux deux, et tous les conquêts immeubles faits et acquis par eux, ou l'un d'eux constant le mariage, ensemble toutes leurs dettes et crédits se divisent en deux. C'est à savoir la moitié au survivant, et l'autre moitié aux héritiers du trépassé*, les nobles se sont opposés, disans la cou-

[1] Heydemann, p. 216.

tume ancienne être au contraire, et qu'entre les nobles tous les meubles et conquêts appartiennent au survivant, et ainsi en avoit été usé, mêmement ès maisons de Chaumont, Onzain, Saint-Aignan et autres infinies; leur avons remontré le préjudice et dommage qui en adviendroit aux mineurs et *à la chose publique*. Et sur ce avons interrogé les praticiens, qui ont déposé et affirmé avoir vu écrite en leurs anciens coutumiers ladite coutume telle que les nobles la prétendent ; mais que néanmoins les assistants qui furent lors assemblés furent tous d'opinion que ladite coutume devoit être réformée. Finalement par l'advis et consentement des gens d'église, avocats et praticiens, et autres du tiers état, avons ordonné que ladite coutume demeureroit ainsi qu'elle est couchée audit cayer *comme nouvelle*, dont les nobles se sont portés pour appelans [1]. »

Il y aurait une étude curieuse à faire sur les innovations qu'introduisit la réformation des coutumes, grande révolution dans les lois civiles, plus difficile que ne le fut le code qui ne statuait que sur des ruines, tandis qu'au quinzième siècle il s'agissait de concilier et de fondre ensemble des intérêts vivaces et souvent opposés; du reste, à la lecture des procès-verbaux le grand fait qui domine tous les autres, c'est la prépondérance que prend le tiers état dans les innovations qu'on introduit, et de ces innovations une des plus intéressantes pour le sujet qui nous occupe, c'est la transformation dans presque toutes les coutumes des prérogatives de la veuve noble en simple droit de communauté. A cet égard le changement fut général, et toute différence effacée entre le régime des biens des unions nobles et des unions roturières.

[1] Coutumier général, t. III, p. 1047. *Voy.* encore Valois, 62 ; Clermont en Argonne, V, 8.

En Allemagne, à la même époque, il se fit également une révolution dans le régime des biens des époux. Dans ce pays où la législation romaine fut admise avec une faveur extraordinaire, et régna comme un exilé de retour, par droit de *postliminium*, comme si les Césars de l'Allemagne, étaient les héritiers directs de l'Empire, en Allemagne dis-je, les doctrines romaines bouleversèrent la communauté telle que l'avaient établie les coutumes. Il se fit un double mouvement. Dans les classes supérieures on adopta le système romain; le douaire devint une donation *propter nuptias*, et le régime dotal fut généralement accepté. Dans les villes où les anciennes idées persistent avec plus d'énergie, les doctrines romaines se plièrent dans le sens des coutumes germaniques, mais en paraissant les respecter elles les transformèrent complétement. Ce nom de communauté, qui s'entendait de la forme de la vie, plus que de l'association des biens, conduisit les jurisconsultes, imbus des idées romaines, à l'établissement d'une communauté universelle, véritable société où la femme eut pendant le mariage un droit égal à celui du mari. C'était en effet la seule manière d'expliquer du point de vue romain comment la femme était responsable des dettes, et comment elle succédait à son époux.

« Per communionem, dit Veracius, vieux com-
» mentateur des coutumes de Bamberg, sic utrius-
» que conjugis bona confunduntur, *ut quivis*
» *eorum totius patrimonii in solidum dominus*
» *sit, et maritus et uxor dicere potest : totum pa-*
» *trimonium meum est.* »

La communauté, telle que l'avaient établie les coutumes, lors de leur réformation, s'est maintenue dans nos lois sans altération sensible. Cette législation, depuis quatre siècles, a répondu suffisamment aux idées et aux besoins de l'époque, et je ne sache point de jurisconsulte qui l'ait sérieusement attaquée.

L'objet des plaintes les plus graves, dans les anciennes législations, c'était la diversité des usages qui, dans toute l'Europe, variaient de province à province, et souvent d'une ville à une autre. Cette diversité amenait des complications et des difficultés inouïes. Une seule question, aujourd'hui fort rare heureusement, celle de la réalité des statuts, embrouillait la jurisprudence au plus haut degré, et il n'y avait guère de mariage entre deux époux de villes différentes qui ne contînt le germe d'un procès [1].

En France, avec une loi unique, ces difficultés de l'ancienne jurisprudence se sont évanouies; mais il est resté néanmoins, dans le Code civil, une diversité qui, peut-être, va mal avec l'esprit de nos institutions modernes; je veux parler de ces mille clauses d'exclusion du mobilier, d'apport franc et quitte, de préciput conventionnel, de part inégale dans la communauté, de séparation de bien, etc., etc.; ces

[1] Basnage, Normand., 389. Philipps., D. Rg., II, 53 et suiv. Les ouvrages antérieurs au Code civil, qui traitent de la communauté, sont consacrés presque exclusivement à résoudre ces difficultés inextricables, et Rodenburg, qui a fait un bon traité sur le Droit des Époux, n'a rien vu de mieux, pour éviter des redites perpétuelles, que de faire précéder son livre d'un Traité sur la diversité des statuts, traité qui tient plus de la moitié de l'ouvrage.

stipulations, admises par nos vieilles coutumes qui entouraient le contrat de mariage d'une faveur extraordinaire, ont été conservées par le Code civil, qui avait à ménager mille intérêts divers [1]; mais elles me semblent incompatibles et avec cette simplicité qui fait la force de la loi et conserve l'unité des familles, et avec cet esprit d'égalité qui fait le fond de nos sociétés modernes.

Le Code civil, comme œuvre de transaction, est le plus beau monument législatif que jamais peuple ait élevé; mais grâce au développement du principe nouveau dont il a déposé dans nos sociétés modernes le germe fécond, le temps n'est pas loin, peut-être, où le législateur sentira la nécessité de débarrasser ce bel édifice, de ces quelques institutions conservées pour s'accommoder aux exigences de nos pères, mais qui, aujourd'hui, ne sont qu'une lettre morte et un embarras dans la législation.

En Allemagne, la communauté universelle est restée dans l'ancienne Franconie, la Westphalie, le Mecklembourg et une partie des Provinces rhénanes [2]; *Wann die Decke über den Kopf ist, sind die Eheleute gleich reich* [3], est l'adage de ces coutumes; la communauté de meubles et d'acquêts est restée dans les villes voisines de la France, Cologne, Trèves, Juliers, Luxembourg, Clèves, rameaux détachés de cette grande tige française, qui tiennent encore à la souche primitive par l'esprit de leurs lois ci-

[1] Qu'on lise la discussion du Code civil à ce sujet.

[2] Mittermaier, Grundsætze, § 338. Philipps., II, 47.

[3] *Une fois le poêle sur la tête, les époux sont également riches.*

viles. Pareille institution se retrouve dans le duché de Bade, en Belgique, en Hollande, trois pays qui ont conservé notre Code, et dans les pays voisins, tels que le Wurtemberg, les duchés de Hesse-Darmstadt et de Nassau; la Bavière et l'Autriche ont également adopté la communauté d'acquêts; il y a quelque limitation pour les meubles.

Cette communauté de meubles et d'acquêts a donc été, dès le moyen âge [1], est encore aujourd'hui le regime le plus général du mariage. C'est, en effet, l'institution qui répond le mieux à la communauté de vie des époux. La loi a sagement exclu les propres de l'association; il est juste que la femme, étrangère à l'administration, ait une réserve pour les mauvais jours, une sécurité pour sa vieillesse et pour l'éducation de ses enfants. La communauté universelle sacrifie les droits de la femme, car elle la dépouille, comme faisait la *Manus* romaine, sans lui donner le moyen de parer à sa ruine; et d'un autre côté, il serait impossible d'admettre la femme à défendre ses droits, sans compromettre gravement la puissance maritale, et cette unité de direction sans laquelle l'administration d'une famille n'est pas plus possible que le gouvernement d'un Empire.

[1] Mittermaier. Grundsætze, § 358.

CHAPITRE IV.

De la part de la femme et de celle des enfants à la dissolution du mariage.

Tant que dure le mariage, le régime des biens ne présente aucune difficulté; toute l'administration est dans les mains du mari. C'est à la mort du chef que les difficultés commencent, et c'est cette liquidation de communauté que les coutumes ont principalement en vue dans la diversité de leurs dispositions.

La part de la femme et des enfants ayant varié presque en chaque coutume, le détail serait infini, si l'on ne se bornait à certains aperçus généraux, suffisants pour permettre au lecteur de se reconnaître dans le dédale des statuts du moyen-âge.

Les avantages accordés à la femme étaient plus ou moins grands suivant qu'il existait ou non des enfants du mariage; car il est évident que le droit de la mère, quelque sacré qu'il soit, ne peut l'emporter entièrement sur celui des enfants; je ne connais du moins que l'Assise des bourgeois qui préfère ouvertement la femme aux enfants [1]; c'est une disposition singulière et qui certainement ne tient point au fond des coutumes françaises.

Ainsi l'existence des enfants vient en général limiter les avantages que la loi accorde à la femme;

[1] Cour des Bourgeois, ch. 164.

mais en revanche si sa propriété est limitée, sa jouissance est plus grande, surtout quand les enfants n'ont pas encore quitté la maison paternelle, quand ils sont en *celle*, suivant l'expression française. Dans ce cas, et en Allemagne [1] comme en France, la femme continue la communauté avec ses enfants, sans qu'on détermine à l'avance des parts idéales dans cette communauté; seule elle administre la fortune, seule elle jouit des revenus, entretient les enfants, dispose des meubles et des acquêts à son gré; en un mot, elle est à son tour chef de communauté, comme l'était son mari [2].

Quelquefois, tout en continuant la communauté, les statuts fixent les parts à l'avance; ils donnent à la femme les meubles et les acquêts, soit en totalité, soit en partie, et aux enfants les propres. Telles étaient, par exemple, certaines coutumes françaises qui, tout en admettant la continuation de communauté, assuraient aux enfants et les propres et la moitié des acquêts. L'effet d'une telle assignation de parts n'est point sensible tant que la communauté continue, la femme ayant seule la disposition des revenus et des fruits des propres, revenus et fruits qui entrent dans la société; mais au cas de dissolution de la communauté, soit par l'établissement des enfants, soit par le second mariage de la

[1] Berne (Statuts publiés par Dreyer. Beytræge zur litteratur und geschichte des Deutschen Rechts, p. 49 et ss.). Statuts d'Augsbourg de 1276; d'Erfürth, 1306 (publiés par Walch. Beytræge zum Deutschen Recht).

[2] Bluntschli, p. 290 et ss. Philipps, D. R. II, 72. Coutume de Bamberg, publiée par M. Zœpfl (Heidelberg, 1839, art. 249).

mère, chacun reprend immédiatement la part que la loi lui avait assignée.

En France, le second mariage de la mère ne dissolvait pas la communauté; elle se continuait par tiers avec le nouvel époux. A Augsbourg, à Erfurth, à Brême, à Brunswick, on l'arrêtait court, en laissant l'usufruit à la femme remariée et donnant la nue propriété aux enfants; mais par un respect exagéré pour les droits de la mère, l'établissement séparés de enfants n'arrêtait point l'usufruit universel de la mère, et ils n'avaient droit qu'à une dot convenable. En Allemagne, cette continuation de jouissance était donc une suite de la puissance paternelle dont la mère avait hérité; en France, c'était une simple continuation de communauté, indépendante, en quelque sorte, de la puissance de l'ascendant. La loi française considérait dans cette réunion, plutôt la chose que la personne.

Je retrouve la coutume française dans les statuts de Lubeck de 1240 [1]; si, à la mort du mari, les enfants sont séparés, la communauté se dissout et se liquide; si les enfants sont *en celle*, il se forme entre la mère et les enfants une nouvelle communauté, où chacun a sa part déterminée, et cette association est régie par les mêmes principes que toute communauté entre étranges personnes.

Du bien à partager après la mort. Quand une femme et un homme ont des enfants communs, et que l'un des conjoints vient

[1] *Hach, das alte Lübische Recht.* Lubeck, 1839, p. 256, XIX. *Van Guhde to schichtende na Dode.* « So war en Vruwe unde en Man to samen hebbet Kindere, und er vore sterft, it si

à mourir, soit le mari soit la femme, le bien se partagera entre l'époux survivant et les enfants en celle (*in were*, littéralement, *en garde*).

Si l'un des enfants en celle vient à mourir, son héritage se partage entre tous ses frères en celle jeunes ou vieux.

Si c'est un des enfants séparés qui vient à mourir, ceux qui sont en celle n'héritent point seuls, la succession appartient aussi bien aux frères séparés qu'aux frères restés à la maison.

S'ils meurent tous, l'héritage appartient au plus proche parent.

Si la mère ne se remarie pas, la communauté s'établit ainsi par portions déterminées entre elle et ses enfants ; mais si elle prend un second époux, la communauté se dissout, et l'indivision cesse[1]. En ce point, les coutumes allemandes l'emportent en sagesse et en raison sur les usages français, qui mettent les meubles des enfants à la discrétion du second époux.

de Man oder dat Wif, sogedan Gut alse dar blivet dat schalmen schichten twischen deme der dar blivet unde den Kinderen in der Were.

» Stervet ok der Kindere en dat ervet sin del up de anderen Kindere de inder Were sint to liker delinge, se sin junc oder olt.

» Stervet oc der Kindere en, dat uth gesunderet is, ane Erve, it ervet weder an de Were up de andern, also vaste de utgesunderet sin, also vaste de in der Were sind.

» Sterven ok se allgemeine, dat Erve hort to den negesten Erven. » — Schwabensp., 147.

[1] Cout. de Lubeck de 1263, art. 7. « Si vir et mulier habent liberos, et alterutrer præmoritur, substantia dividetur inter superstitem et liberos si nupserit ; si vero non nupserit, manebit cum pueris suis.

CHAPITRE V.

De la puissance du mari sur les biens et sur la personne de sa femme.

Les changements introduits lors de la réforme des coutumes en France et en Allemagne n'altérèrent point sensiblement le droit du mari sur les biens conjugaux; car ces changements portèrent presque en entier sur la part revenant à la femme lors de la mort de son époux, et ne s'occupèrent pas du pouvoir qui appartenait au mari tant que durait le mariage. En d'autres termes, les coutumes nouvelles réglèrent la liquidation, mais nullement l'administration de la communauté.

Aussi ne faut-il pas supposer que ces coutumes aient jamais considéré la femme comme étant l'associée du mari pendant le mariage; une telle innovation eût été en contradiction avec les idées que nos pères se faisaient de la puissance maritale [1]. Quel que fût le partage final de la communauté, le mari dans toutes les coutumes allemandes, suisses, flamandes et françaises, a toujours eu le droit d'engager, de vendre et d'aliéner les biens de la communauté, c'est-à-dire les meubles et les

[1] Dumoulin, sur Paris, § 35. Pothier, Traité de la Communauté, in ppio.

conquêts, sans que la femme pût en rien le contredire.

Le statut de Lubeck de 1263 fait de cette disposition son premier article, comme si c'était la clef de voûte de toute la coutume.

« Vir liberum habet arbitrium impignorandi, vendendi, dandi cuicumque vult proprietates sibi conquisitarum facultatum, sine contradictione qualibet[1] ».

Homme et femme conjoints par mariage (dit la coutume de Rheims qui admet cependant la communauté), ne sont uns et communs en biens meubles et conquêts immeubles faits durant et constant le mariage, ains le mari seul sans l'advis et consentement de sa femme, en peut disposer comme et à qui bon lui semblera (art. 239).

Ainsi, par un renversement étrange, pour définir la toute-puissance du chef de la communauté, la coutume ne trouve rien de mieux que de lui sacrifier la communauté elle-même.

Je n'ai point encore parlé de la puissance du mari sur la personne de la femme; nos aïeux cependant étaient assez larges à cet égard; tous les vieux jurisconsultes accordent au mari *le droit de correction modérée;* voici ce que Beaumanoir nous apprend à ce sujet :

Beaumanoir (tit. 57) : « En plusieurs cas peuvent les hommes être excusés des griefs qu'ils font à leur femme, ni ne s'en doit la justice entremettre, *car il loit* (*licet*) *bien à l'homme à battre sa femme sans mort et sans mehaing quand elle le meffait*, si comme quand elle est en voie de faire folie de son

[1] *Voy.* aussi Anc. cout. de Paris, de 1510, art. 107.

corps, ou quand elle dement son mari, ou maudit, ou quand elle ne veut obéir à ses raisonnables commandemens que prude femme doit faire; en tout tels cas et en semblables, est-il bien mestier que le mari chatie sa femme raisonnablement... »

Toutes les lois du moyen âge reconnaissent au mari le droit de tuer la femme adultère et son complice; mais je ne connais pas de coutume plus extraordinaire que l'ancienne coutume de Berry qui a déterminé soigneusement jusqu'à quel point le fils pouvait aider le père en pareil cas; voici ce que décide la loi, décision qui eût mis en repos l'âme de Hamlet :

« Si un homme marié trouvait autre chevauchant sa femme, ledit mari peut eux deux, c'est à savoir l'homme et la femme, tuer, sans ce qu'il doive loy ni amende; et encore si ledit mari n'est assez fort, et il ait doute que le malfaiteur eut l'au-dessus de lui, en cette manière il peut mener son fils avec lui pour l'ayder, et n'y a nulle amende pour le fils, quels qu'il y a pour le père; mais que ledit fils ne jette pas main à la mère, mais seulement aide à son père à survaincre son ennemi. Et en ce point l'on ne peut ni ne doit poursuivre ledit fils à nulle amende pour ayder son père contre son ennemi qui l'a ainsi injurié; et au regard du père, ledit père peut exécuter l'homme et la femme, comme dessus est dit, sans loy ni amende, et de ceci est cas de loy exprès [1]. »

[1] L. 4. D de R. J. *Voy.* aussi Beaumanoir, ch. 30. in fine.

CHAPITRE VI.

Des institutions contractuelles, erbvertræge, pacta dotalia.

Dans le droit romain, il n'était pas permis de se faire un héritier par acte entre-vifs [1]; tout acte de cette espèce était nul. La loi considérait les conventions faites sur le sujet d'une succession future, comme contraires aux bonnes mœurs, et pouvant induire l'héritier nommé à désirer la mort de celui qui avait imprudemment promis sa succession; trop souvent à Rome, un souhait pareil eût été pour le donataire un arrêt de mort.

Pareille réprobation n'eut point lieu dans les lois germaniques, et la faveur des contrats de mariage fit autoriser toutes les dispositions faites sur des successions futures; telles furent les institutions contractuelles, les reconnaissances d'héritiers, la renonciation des filles apanagées, la promesse que firent les parents de ne point avantager un enfant au préjudice de celui qu'ils mariaient, etc., etc. Toutes ces dispositions furent reçues par la jurisprudence avec la plus grande faveur, et pénétrèrent dans les pays de droit écrit, malgré les lois romaines; les jurisconsultes méridionaux admirent ces dispositions en

[1] L. ult. C. de Pactis.

les faisant confirmer par serment, moyen banal avec lequel les docteurs canonistes se tiraient toujours d'affaire [1].

Quelle fut l'origine des institutions contractuelles? Montesquieu nous l'a dit [2] : « Les contrats de mariage devinrent, pour les nobles, une disposition féodale et une disposition civile; dans un acte pareil, fait sous les yeux du seigneur, on fit des dispositions pour la succession future, dans la vue que le fief pût être servi par les héritiers; aussi les seuls nobles eurent-ils d'abord la liberté de disposer des successions futures par contrat de mariage, comme l'ont remarqué Boyer et Aufrerius. »

Des nobles, ce droit passa aux roturiers, et surtout aux bourgeois. On se servit des institutions contractuelles pour avantager la femme survivante, pour rappeler à la succession la fille apanagée ou l'enfant qui n'était plus *en celle* [3], comme aussi, dans un esprit nobiliaire, pour instituer un héritier principal, *pour faire un aîné*, comme disent les coutumes. La plus grande latitude régnait à cet égard, et c'était une maxime presque universellement reçue que: « Tous traités, accords, convenances, douaires, donations, et autres contrats faits entre hommes et femmes, par le contrat de leur mariage, doivent tenir et sortir leur effet [4]. »

[1] Coquille, sur Nivernois. Des Donations, art. 12. Beseler. Erbvertræge, III, 244.

[2] Esp. des lois, XXXI, 34.

[3] Desmares, décision 238. Laurière sur Loisel, I, p. 389.

[4] Cout. locales de Berry, art. 22 (la Thaum., p. 209). Bourbonn., art. 219.

L'effet de ces institutions était fort différent, suivant les coutumes. En Anjou, par exemple, et dans le Maine, où la féodalité avait gardé toute son énergie, les institutions contractuelles avaient conservé le caractère d'une investiture féodale; elles saisissaient l'héritier institué, et une fois le contrat passé, le donateur ne pouvait plus *rien vendre, donner, transporter ni aliéner de son héritage, à quelque personne que ce fût, sauf en aucuns cas, c'est à savoir pour l'extrême nécessité de vivre et pour la rédemption de son corps*[1].

Dans le Bourbonnais, plus voisin des pays de droit écrit, on avait sagement évité cette immobilisation, et l'institution contractuelle se rapprochait de la donation à cause de mort.

Art. 220. «Institution d'héritier, et pacte de succession faits en contrat de mariage, s'étend seulement ès biens qui se trouvent délaissés par le décès dudit disposant. Et n'empêche ladite institution, ou convenance de succéder, que ledit instituant ne puisse aliéner ses biens par contrats entre vifs.»

Le Code civil (art. 1096) s'est sagement rangé du parti de la coutume de Bourbonnais; le grand défaut de notre législation coutumière, c'était cette perpétuelle immobilisation des fortunes qui contrariait en tout sens la liberté des transactions. Douaire, institutions contractuelles, substitutions, retrait lignager, retrait successoral, c'étaient autant de liens divers qui (sans parler des mains-mortes

[1] Anjou, 245. Tours, 252. Maine, 362.

couvrant la moitié du territoire) enchaînaient la terre et constituaient une espèce de féodalité civile, non moins gênante que la féodalité politique. La révolution a terrassé d'un même coup toutes ces mains-mortes, et de ce jour seulement, l'égalité civile n'a pas été un mensonge. Partout où la loi, en immobilisant le sol, perpétue la famille par la perpétuité des possessions, l'aristocratie est imminente; laissez faire aux années!

En Allemagne, où les institutions contractuelles jouèrent un grand rôle, et firent, en quelque façon, un ordre particulier de succession et de mariage pour les familles nobles, les jurisconsultes s'entêtèrent, comme Laurière en France, à expliquer par les doctrines romaines une institution coutumière qui avait un caractère particulier, et qui résistait invinciblement à toute interprétation de ce genre [1]; ils distinguèrent les dispositions sur les successions futures en simples et mixtes, révocables et irrévocables, ayant l'énergie d'un contrat ou l'effet d'une simple donation à cause de mort, et que sais-je encore [2]?

Dans le premier enthousiasme qu'éveilla la réapparition des lois romaines, dans l'admiration qu'inspira la divine raison des jurisconsultes romains, on voulut tout expliquer par les lois romaines, comme dans le dernier siècle on a voulu rendre raison de tout par le *droit naturel*; avec ces théories

[1] C'est ce que Furgole a fort sagement remarqué sur l'art. 13 de l'ordonnance des Donations.

[2] Mitterm., Grundsætze, § 359. Philipps., II, 81.

absolues, au quinzième comme au dix-huitième siècle, on n'a réussi qu'à tout obscurcir et tout brouiller.

CHAPITRE VII.

De la mère.

Quand j'ai parlé des fiefs, j'ai dit que la mère n'avait aucun droit sur ces tenures qui ne remontaient jamais; il en fut de même pour les héritages bourgeois. Dans le désir d'élever la bourgeoisie au niveau de la noblesse, désir qui fut le mobile constant des praticiens du quinzième et du seizième siècle, on communiqua à l'héritage bourgeois, *au propre*, les priviléges civils du fief. Les propres (*das Eigen*), patrimoine commun de la famille, furent assimilés aux fiefs devenus patrimoniaux; la règle des propres fut, comme celle des fiefs, que l'*héritage ne remonte jamais*; le père et la mère ne succédèrent qu'aux meubles et aux acquêts qui, dans nos coutumes, sortissent toujours nature des meubles [1].

Masuer, De successionibus, n° 8. « Item de consuetudine pater et mater non succedunt liberis ab intestato, ita quod abolita est successio ascendentium, imo deficientibus heredibus in rectâ lineâ

[1] Coutumes notoires, art. 90, 184, 185. Desmares, Décis., 293. Anc. cout. de Bourges, ch. III (la Thaum., p. 257). Paris, 311. Bracton, lib. II, c. 29.

et transversali, bona pertinent ad fiscum, quod est mirabile et potissimum in patre. »

En général l'exclusion n'était pas si rigoureuse que le dit Masuer, le seigneur fut rarement préféré à la mère; mais, d'un autre côté, il est vrai de dire qu'un collatéral éloigné, descendant du premier acquéreur, passait avant la mère, dans la succession des propres.

Cette succession privilégiée des propres est un emprunt des usages nobles; car dans les premières coutumes roturières, la mère succède aux héritages, de préférence même aux frères de l'enfant défunt; telle est, du moins, la législation que nous offre le *Landrecht* [1]; plus tard, ce droit de la mère a cédé devant les exigences du droit de famille, absolument comme dans les coutumes françaises.

Du reste, cette exclusion de la mère était fort adoucie, quand la mère continuait la communauté avec ses enfants, puisqu'elle retrouvait les fruits des propres dans cette communauté, dont elle était le chef, tant qu'elle restait veuve.

Quant à la tutelle, dans les rotures comme dans les bourgeoisies, elle appartenait à la mère; car dans cette double législation, la mère a repris la place que lui assigne son attachement pour les enfants. Il n'y a plus d'idées politiques à la traverse, pour faire violence aux sentiments naturels, et pour exclure la mère d'une administration à laquelle elle a tant de titres [2]. Mais, ainsi que je l'ai dit plus haut, son droit

[1] Mitterm., Grunsdsætze, § 326.

[2] Anc. cout. de Bourges, ch. 128 (la Thaum., p. 288).

n'est que celui d'un tuteur, et les fruits ne lui appartiennent pas[1], sinon quand la coutume lui donne le privilége de garde bourgeoise.

CHAPITRE VIII.

Réflexions générales sur les bourgeoisies de France, d'Angleterre et d'Allemagne.

Ce qui frappe à la lecture de nos coutumes, c'est la tendance constante des bourgeois à faire descendre les nobles jusqu'à leur niveau, ou à hausser la bourgeoisie jusqu'au rang de noblesse. Dans la réforme des coutumes on voit le douaire à moitié, et la communauté imposée aux nobles[2]; les institutions contractuelles, la renonciation des filles, les déclarations d'aînesse, le droit de renoncer à la communauté, la législation des propres, sont empruntés aux priviléges féodaux. Ainsi les conditions tendent à se confondre; et, chose bizarre, cette fusion est favorisée par les priviléges mêmes de la terre; le fief, possédé par le bourgeois, rapproche le roturier du noble qui n'est souvent que son vassal; la roture possédée par le noble, le fait descendre au niveau du bourgeois, car sa succession se partage comme celle de son rival.

[1] Là où il n'y a pas continuation de communauté, bien entendu, car autrement les fruits lui appartiennent, non comme tutrice, mais comme commune.

[2] *Voy.* le procès-verbal de la cout. de Blois sur l'art. 182 (Cout. Gén., t. III, p. 1047). *Voy.* encore Valois, 62. Clermont en Argonne, V, 8.

Mais, comme ce que la bourgeoisie cherchait au seizième siècle, c'était bien moins de détruire la noblesse que de partager ses prérogatives, les bourgeois, lors de la réformation des coutumes, favorisèrent autant que les nobles, toutes les dispositions destinées à perpétuer les biens dans les familles, ce qui était le seul moyen d'obtenir de grandes maisons bourgeoises qui le disputassent à la noblesse, tandis qu'ils combattirent avec acharnement tout privilége de la noblesse qui offusquait la vanité bourgeoise. Ainsi, sur le droit de haute et moyenne justice, de droits seigneuriaux, de priviléges de chasse, de four banal, d'établissement de colombiers, il y eut des discussions sérieuses, et l'on chicana rigoureusement chacun de ces droits seigneuriaux; mais, à Paris, par exemple, tous les états furent d'accord pour rejeter deux articles présentés par M. Séguier, lieutenant civil, et qui avaient pour but d'abolir indirectement le droit d'aînesse et le privilége de masculinité [1]. Du reste, il résulta de la fusion des deux classes, ce qui arrive toujours dans les transactions, c'est-à-dire un adoucissement général de toutes les saillies de la législation. Les principes roturiers, secondés par l'influence romaine, corrigèrent les duretés

[1] Brodeau (Cout. de Paris, II, 622) nous a conservé ces deux articles qui font honneur à l'esprit libéral des Séguier. Voici le premier de ces articles : « Il est permis à toutes personnes achetant un fief, seigneurie ou autre héritage, de déclarer qu'ils veulent et entendent lesdites acquisitions être partagées entre enfants et héritiers également. Et en ce cas, n'y auront lesdits enfants l'un plus que l'autre. »

Le second article, qui devait se placer après l'art. 303 de la coutume, n'était qu'une répétition et confirmation du premier.

féodales; la représentation, par exemple, universellement admise, donna à la fille de l'aîné, le privilége qu'aurait eu son père [1], tandis qu'en collatérale, on ne se prévalut pas de la représentation pour exclure les femmes, et que les fils du frère partagèrent avec leur tante au lieu de l'exclure.

Le mélange des fiefs et des rotures dans les mêmes mains, devait amener l'égalité civile; quel intérêt avait-on à conserver des priviléges qui n'avaient aucune importance politique, et qui ne représentaient rien, puisqu'ils passaient continuellement de main noble en main bourgeoise? c'était une gêne inutile. Aussi, le vœu d'une législation uniforme fut-il de bonne heure favorablement accueilli par nos rois. Depuis le Code Michaux, cette ordonnance remarquable qui ne prit point racine parce que la sagesse de ses dispositions la plaçait en avant de son siècle, jusqu'aux grands travaux de Daguesseau, ce fut un effort constant de nos jurisconsultes et de nos rois, d'arriver à l'unité de législation, ce qui suppose l'unité dans la condition des personnes, non moins que dans celle des choses. A cette unité, les priviléges de la noblesse furent impitoyablement sacrifiés [2]; dans l'ordre civil comme dans l'ordre politique, jamais la noblesse n'eut d'adversaires plus redoutables que les praticiens.

L'égalité des conditions, ainsi préparée, et dès le dix-huitième siècle, triomphant dans la vie civile, les droits d'aînesse, le privilége de masculinité, l'ex-

[1] Paris, 324.
[2] Daguesseau, lettre du 24 juin 1730, t. XII, p. 579.

clusion des filles n'étaient plus que d'odieux contresens dans la législation; le Code a sagement aboli des priviléges sans objet, et, adoptant l'esprit plus humain des lois romaines, il n'a plus reconnu qu'une seule nature de patrimoine, une seule espèce d'héritiers, un seul ordre de succession; l'égalité s'est ainsi solidement fondée dans nos lois civiles, plus sûres gardiennes de ce dépôt précieux que toutes les lois politiques; car elles font passer l'égalité dans les mœurs, et la mettent sous la plus sainte des protections, celle du foyer domestique.

En Angleterre, la marche des choses fut différente; la législation est restée tout imprégnée de l'esprit aristocratique que nous avons chassé de nos Codes, et les femmes ont singulièrement souffert de cette direction des lois. Le chef de famille, père ou mari, a eu le droit de disposer de sa succession, et cela d'une façon si absolue que Coke s'est pris à douter si les enfants avaient jamais eu de légitime [1]. Tout ce que fait la loi pour les enfants et pour la femme, c'est de leur attribuer à chacun un tiers des meubles, si le défunt n'en a pas autrement disposé, mais le chef de famille est maître absolu de sa fortune, et la loi le voit avec plaisir concentrer sa richesse sur la tête d'un héritier privilégié. Ainsi, en réalité, la liberté de tester de façon absolue, n'est qu'un moyen de favoriser l'aristocratie; encore un des points par lesquels la loi anglaise se rapproche

[1] Coke, 176. B., n° 5.

de la loi romaine avec laquelle elle a tant de ressemblance [1].

A côté de cet arbitraire favorable à l'établissement de maisons nouvelles, paraissent, pour conserver l'ancienne aristocratie, les substitutions (*entails*) et le droit d'aînesse, priviléges qui, depuis la conquête, ont maintenu le sol et le pouvoir dans les mêmes familles. Ainsi, par l'organisation la plus forte qu'on ait jamais imaginée, l'aristocratie anglaise s'enrichit, sans cesse, de toutes les fortunes comme de toutes les influences nouvelles, et une fois acquises, les garde à toujours et ne s'appauvrit jamais.

En Allemagne, la bourgeoisie fut une classe à part, dont la législation différa et des usages nobles et des coutumes vilaines. La communauté, par exemple, est encore aujourd'hui inconnue des nobles, qui se tiennent aux droits que le Miroir de Saxe attribue à la veuve [2], tandis que les bourgeois ont adopté la communauté d'acquêts, ou la communauté universelle. Pareille différence se rencontre dans le droit de succession. Les biens nobles étant presque tous considérés comme substitués, le testament ne fut permis, en ce qui concerne les propres

[1] Fleta, II, c. 57, § 11. « De bonis defuncti nihil petere poterunt pueri magis quam uxor defuncti, nisi de gratia; vix enim inveniretur quis civis qui in vitâ magnum quæstum faceret, si in morte sua cogeretur invitus bona sua relinquere pueris indoctis et luxuriosis, et uxoribus male meritis. Et ideo necessarium est valde, quod ei in hac parte libera tribuatur facultas. Per hoc enim tollet maleficium, animabit ad virtutem, et tam uxori quam liberis dabit occasionem bene faciendi, quod quidem non fieret, si se scirent indubitanter certam partem obtinere, etiam sine testatoris voluntate ».

[2] Selchow, Elem. jur. Germ., § 338 et ss. Philipps., II, 51, 57.

(*Stamm Gutern*), que du consentement des agnats; quant aux acquêts, des pactes de famille en restreignirent la libre disposition. Dans les villes, au contraire, le droit de tester, emprunté des lois romaines, eut à peu près la même extension que dans le Code Justinien. Pour les successions légitimes, on suivit également le droit romain [1] dans les villes, et un seul patrimoine fut attribué dans l'ordre de la Novelle, aux héritiers, sans distinction de sexe. Quelquefois néanmoins les mâles ont double part, ou, comme dit une coutume, *la fille prend d'une main et le fils des deux* [2]. Dans les usages nobles, au contraire, se maintint la distinction des patrimoines et des héritiers; les femmes admises par privilége à la succession de la *gerade*, demeurèrent exclues de la succession des propres tant qu'il y eut des descendants mâles du premier possesseur [3]. Quand à l'ordre à suivre entre les mâles, cet ordre dépendant communément des pactes de famille, il y eut sur ce point une prodigieuse variété des coutumes; succession attribuée au plus proche en degré du défunt (*je næher dem Sip, je næher dem Erbe*), succession lignagère déférée au descendant le plus proche de la souche commune, Majorat, Séniorat, Minorat, et que sais-je? autant de coutumes que de familles!

Je ne veux pas perdre le lecteur dans ces sables

[1] Eichhorn, § 454.

[2] C'est dans le Nord principalement que cette inégalité eut lieu. *Voy.* Dreyer. De inæqualitate masculorum et feminarum secundum jura Cimbrica. Helmst, 1744.

[3] Selchow. Elem. jur. Germ., § 509.

arides ; j'ai hâte de le sortir de la féodalité et de le reposer de cette confusion de coutumes, en lui présentant des contrées et des législations qui, du moins, ont gardé quelques traits de la grandeur et de la simplicité romaine.

SECTION QUATRIÈME.

Le droit de succession et de mariage dans les pays restés fidèles à la loi romaine.

TITRE PREMIER.

Le midi de la France.

Le fond de la législation méridionale, c'est le droit romain passé à l'état de coutume et mélangé de dispositions germaniques et féodales ; c'est sur ces altérations du principe romain que j'insisterai de préférence.

Dans le Code théodosien qui, lors de la conquête, était la loi de la Gaule, la succession du père se partageait également entre les frères et sœurs, sans distinction ni préférence de sexe ; ce partage égal fut conservé dans la loi des Wisigoths plus imbus des idées romaines que ne l'étaient les Francs. Le

Breviarium d'Alaric et le *Forum Judicum* maintinrent les principes romains : unité de patrimoine, égalité des héritiers du même degré. Mais quand la féodalité, qui était en germe dans les coutumes gothiques [1], se fut développée dans le midi de la France et le nord de l'Espagne, le droit d'aînesse et l'exclusion des filles se montrèrent comme une conséquence forcée de l'organisation féodale.

Néanmoins, à l'origine, ce ne fut point la coutume qui exclut la fille; il fallut pour cette exclusion une disposition testamentaire, par laquelle le père eût réglé l'ordre futur de sa succession. Les exemples de pareils testaments ne sont pas rares; don Vaissette, en son histoire du Languedoc, nous en a donné plusieurs; tel est celui de Bernard Aton, vicomte de Beziers, de l'an 1129, par lequel le fils aîné est chargé de marier sa sœur [2]. Le testament de Guillaume VII, sire de Montpellier, de l'an 1172, nous montre l'esprit féodal dans toute sa rigueur. A l'aîné, la seigneurie; aux frères, un apanage viager en argent; aux filles, une simple dot. Si l'aîné des fils vient à mourir, le puîné le remplacera; mais si tous les enfants mâles décèdent sans postérité, Guy, le frère de Guillaume, héritera de préférence aux filles de ce dernier [3].

[1] *Voy.* une bonne dissertation de Biener, sur la féodalité gothique dans le tome II du Sammlung des Lehnrechts de Zepernick.

[2] Hist. du Langued., II. Preuves, p. 450. « Mando etiam Rogerio, ob augmentum quod sibi facio, ut sororem suam Paganam maritet cum consilio matris suæ ac baronum suorum, ex proprio. »

[3] Hist. du Langued., t. III, preuves, nº 14. *Voy.* un arrêt pour le seigneur de Mirepoix. Olim, t. I, p. 517, in fine.

Une exclusion aussi rigoureuse était du reste une exception ; et, en général, dans les diplômes que nous a conservés don Vaissette, les filles ont une part de la succession paternelle [1], mais il y a toujours un préciput important pour les mâles, qui devaient nécessairement obtenir la préférence dans l'organisation sociale de cette époque [2].

Au quinzième siècle, dans le mouvement nobiliaire qui se fit sentir en toute l'Europe, au déclin de la féodalité, les Provençaux demandèrent à leur souverain que la fille apanagée ne pût revenir à la succession, et cela *per la conservation de las maisons tant noblas, quant autras*, ce qui leur fut accordé [3]. Un siècle avant la demande provençale, les Aragonais nobles et bourgeois avaient obtenu le même privilége du roi Jacques II [4]. La féodalité avait jeté jusque dans l'Aragon ses puissantes racines; et ce mouvement de transformation qui ébranlait toute l'Europe, pénétrait plus loin encore, et jusqu'au cœur de la Castille.

A Marseille [5], à Toulouse [6], à Bordeaux, la fille apanagée était également exclue par ses frères; mais à Bordeaux, par une singularité curieuse, il n'y avait que la fille mariée dans la ville qui fût exclue; l'exclusion était un privilége accordé aux seuls bour-

[1] Vaissette, t. II. Preuves, dipl., 487.
[2] D. Vaissette, t. II. Dipl., 501.
[3] Julien, Stat. de Prov., t. I, p. 434, 440.
[4] Fueros y observancias de las costumbres escriptas del reyno d'Aragon, p. 1, f. 122.
[5] Stat. de Marseille, II, 52.
[6] Cout. de Toulouse, p. 339.

geois [1]. *E nò se diu hom merevilhar*, dit la coutume, *quare es en autra maneyra dedans la Cyptat que defora, quar aissi fo previlegiada la Cyptat par nostre senor lo rey d'Anglaterra* [2]. Mais aujourd'hui, ajoute la coutume, *empero lo privilegio es dedens et defora*.

Tel privilége, en effet, avait été accordé, dès l'an 1205, à la ville de Bordeaux par le roi Jean, et Philippe le Bel le confirma en 1295. En l'obtenant, les bourgeois de Bordeaux se croyaient transformés en gentilshommes; ce fut là, je l'ai dit, le désir, et peut-être le besoin réel de l'époque.

Le fief, reçu dans le Midi, malgré la loi romaine, se transforma rapidement en simple patrimoine; mais néanmoins les filles n'y succédèrent jamais qu'à défaut de mâles au même degré [3]; en ce point, les coutumes du Midi se rapprochèrent de celles du Nord; mais elles s'en distinguèrent par une faveur plus grande des droits du sang, en ce qui concerne la succession de la mère aux enfants. La distinction des lignes, admise dans quelques statuts, n'alla jamais si loin que dans le Nord; et, par exemple, jamais le droit du seigneur ne prévalut sur le privilége sacré du sang. La mère succéda au fief paternel, quand son fils ne laissa pas d'enfants; et à défaut de la mère et d'héritiers paternels, les collatéraux maternels emportèrent la succession [4]. En peu de

[1] Las costumas de la Vila de Bordeü, publiées par les frères Lamothe. Bordeaux, 1778, art. 76.

[2] C'était en effet un privilége des bourgeois anglais.

[3] Anc. cout. de Bordeaux, § 229, 233.

[4] Anc. cout. de Bordeaux, 231.

mots, la loi méridionale voulait perpétuer les héritages dans la même famille, mais non pas favoriser le seigneur ; elle était aristocratique plutôt que féodale.

Parlons maintenant de la législation du mariage.

Jusqu'au quatorzième siècle, on retrouve dans les diplômes méridionaux la donation à cause de noces, telle que l'établissent les lois romaines. Les formules abondent dans le recueil de don Vaissette [1] ; et cet usage a duré presque jusqu'à nos jours. Mais à côté des usages romains, on voit pénétrer les coutumes germaniques, et comme le douaire a beaucoup de ressemblance avec la donation à cause de noces, ils se confondent et se prennent l'un pour l'autre. C'est ainsi qu'en l'an 1156, dans le contrat de Guillaume VII, sire de Montpellier, et de Mathilde de Bourgogne, on fait dire au futur époux : *Dono et mitto tibi Mathildi, dilectæ uxori meæ, in sponsalitium seu donationem propter nuptias, castrum*, etc., etc.... Puis, un instant après, on lui fait ajouter : *Et ut hoc sponsalitium seu dotalicium firmiùs observetur, juravit Guillelmus*, etc., etc.

Cette confusion de l'usage romain et de la coutume germanique, confusion qui exista dans l'Italie, non moins que dans le Midi, donna une institution mixte, connue sous le nom d'*Augment de dot*. Cette institution, qui tient à la fois de la donation

[1] T. III, p. 196. « Legalis est ordo et antiqua consuetudo, et etiam de jure tenetur, secundum institutiones antiquorum, *ut conjugium cum dote vel donatione semper fiat*. Idcirco, etc., etc... » *Voy*. encore le Disc. 411 du t. II.

et du douaire, rappelle, en plus d'un point, l'ὑπόβολον du Bas-Empire. Comme la donation et le douaire, l'augment est un gain de survie, qui s'éteint si la femme prédécède; mais il diffère de la donation et se rapproche du douaire, en ce qu'il est indépendant du chiffre de la dot, et qu'il peut se donner même à la femme qui n'a pas été dotée.

Du reste, il y a une grande diversité dans les coutumes, relativement au caractère de cette libéralité. Dans le Lyonnais, le Forez et le Beaujolois, l'augment, comme la *donatio propter nuptias*, se règle sur la quotité de la dot; il est de moitié quand la dot consiste en argent, du tiers, quand elle consiste en immeubles. Comme la donation, il s'augmente pendant le mariage, s'il échet à la femme quelque succession [1]. Au contraire, à Toulouse, en Savoie, en Dauphiné, en Auvergne, l'augment est un véritable douaire de la moitié ou du tiers de la fortune du mari, et comme le douaire, il est propre aux enfants [2]. Dans le Bugey, c'est un *morgengabe* qui n'appartient qu'à la vierge; la veuve n'a pas droit à l'augment [3].

Pendant le mariage, les biens des époux étaient soumis au régime dotal, tel que l'avaient établi les lois romaines. Le mari était seul maître des fruits du bien dotal, et la femme n'avait aucun droit sur les acquêts; elle devait se contenter de l'augment et des *bagues et joyaux*, préciput mobilier, espèce de

[1] Bretonnier, Questions de droit. *Verbo* Augment.
[2] Cout. de Toulouse, p. 324.
[3] Faber., De Don. ante nup., déf. 3 et 6. De Jure dot., déf. 1.

gerade qu'on accordait à la femme sur les biens du mari prédécédé. Mais, d'un autre côté, la femme était maîtresse absolue de ses paraphernaux, elle pouvait les donner, les vendre, les aliéner sans avoir besoin du consentement ni de l'autorité de son mari, ainsi que cela est décidé à l'égard de la donation par la loi 6 *C. de rev. Don.* Il est inutile d'insister plus longtemps sur un sujet aussi connu.

Ce régime dotal avait plus d'un inconvénient; d'une part, l'inaliénabilité de la dot immobilisait une assez grande quantité de biens, ce qui sacrifiait l'intérêt général à l'intérêt privé, la femme seule devant profiter de cette immobilisation; d'autre part, cette protection de la loi, la femme la payait souvent bien cher, puisqu'il lui était impossible de disposer de sa dot, même pour son avantage évident, et sans que rien pût la relever de cette incapacité. Ajoutez que la jouissance des paraphernaux rendait la femme indépendante de son mari, ce qui ne semble nullement compatible avec l'autorité maritale, autorité qui est le premier gage du bonheur et de la prospérité domestiques. Enfin, dans le ménage, la femme était sans intérêt. Étrangère aux chances de bonne et de mauvaise fortune, que lui importaient les affaires de son mari? Sa seule affaire, à elle, c'était la conservation de sa dot, quoi qu'il arrivât, idée d'égoïsme, dont la loi favorisait de tout son pouvoir le développement.

La communauté est un régime plus naturel, et il semble que l'union des personnes, en confondant les besoins, les travaux, les désirs, conduise de soi à

l'union des biens. L'affection que chacun des époux porte à la chose commune, l'absence d'intérêts opposés, l'assurance d'un avenir égal, sont les meilleures garanties de la prospérité du ménage; l'éducation et l'établissement des enfants sont également un objet d'intérêt commun, c'est un grand motif de concorde. Il n'en est pas de même dans le régime dotal, où la différence de fortune peut être, entre les deux époux, un sujet de perpétuelle mésintelligence. Les avantages de la communauté sont, du reste, si évidents, que lors de la discussion du Code civil, ceux mêmes qui sollicitaient la préférence pour le régime dotal, demandaient qu'on le modifiât, en y joignant la société d'acquêts [1].

Ponr qui lit les discussions qui préparèrent le Code civil, c'est toujours un objet d'étonnement de voir avec quelle énergie les députés méridionaux se défendirent de la communauté, comme d'une seconde croisade du Nord contre le Midi. Ainsi le tribunal de Montpellier s'écriait, dans un style tout révolutionnaire :

« C'est une pomme de discorde que le nord de la
» France veut jeter dans le midi, fruit que la barba-
» rie des Francs avait cueilli, sans doute, dans les
» forêts de la Germanie, et qu'elle a apporté dans
» les Gaules, au milieu du tumulte de la victoire et
» de la licence des camps. »

Devant l'opposition d'un peuple qui ne veut pas renoncer à la législation sous l'empire de laquelle il

[1] *Voy.* le discours de Carrion-Nisas. (Fenet, t. XIII.)

a vécu pendant dix-huit siècles, le Code prit un biais des plus politiques, faisant de la communauté la condition commune des mariages, et laissant le régime dotal subsister comme exception, quand il y aurait stipulation expresse entre les époux. C'était, sans brusque innovation, ouvrir une large porte à l'esprit de la législation nouvelle, et assurer sa victoire future. Mais quand on soumettra le Code à une révision, on jugera sans doute que l'expérience est suffisante, et l'on supprimera tout au moins l'immobilisation de la dot, comme une de ces mains-mortes qui sont incompatibles avec les mœurs et les idées de la civilisation moderne.

TITRE II.

Les Cités italiennes.

Il y eut en Italie deux législations différentes; l'une féodale, et semblable aux coutumes françaises, qui régna sans partage dans le pays de Naples, et qui laissa des traces profondes dans le Piémont et la Savoie; l'autre, mi-partie de droit romain et de droit lombard, qui, sous diverses modifications, gouverna la plupart des cités italiennes : j'ai parlé de la première en traitant de la féodalité; c'est de la seconde que je m'occupe en ce moment.

C'est dans les anciens statuts, qui se placent entre la paix de Constance et la fin du treizième siècle, que la juxtaposition du droit romain et du droit

lombard se fait surtout remarquer. Plus tard, la fusion est devenue plus complète, et il s'est formé une coutume *sui generis*, dans laquelle cependant l'élément romain prédomine.

A l'exception des statuts de Milan, où la coutume salique règne dans toute sa sévérité, et où les femmes sont exclues de la succession, tant qu'il y a des parents mâles [1], le droit commun des premières coutumes italiennes, c'est la loi lombarde; les frères seuls excluent les sœurs, ces dernières ayant droit à une dot qui fait fonction de légitime.

Voici, par exemple, ce que décide le statut de Vérone, imitation grotesque de l'Édit du Préteur (cap. 44).

« Fratres et filios eorum non cogam dividere facultates parentum cum sororibus, vel neptibus ex fratre, vel ex sorore mortuis, vivente avo de cujus successione agitur dotatis a parentibus vel non dotatis, si modo secundum suam facultatem eas dotare voluerint competenter, eo salvo, si religionem eligerint et castè vivere, tantum detur eis, quantum si nuberent daretur, et ut ex testamento possint capere dictæ feminæ sicut et mares [2]. »

Pareille disposition se retrouve dans les anciens statuts de Ravenne [3], de Turin [4], de Pise [5], de Flo-

[1] Verri. De ortu et progressu juris mediolanensis (Milan, 1747, 51). Lors de la réforme des coutumes, on donna à la mère l'usufruit de la part que lui aurait attribuée le droit romain. « Ut mulier ascendens habeat usumfructum illius partis quam habitura fuisset de jure communi. »

[2] Liber Juris civilis urbis Veronæ per Bart. Campagnola publ. (Veronæ, 1728.)

[3] Stat. de Ravenne, de l'an 1238, art. 137. « Et teneatur Potestas non facere rationem filiæ, existente fratre masculo quorum pater et mater decesserit ab intestato, *salvâ ei legitimâ*. »

[4] Cravetta, Consil. 236, N° 13. Sclopis, Storia dell antic. leg., 314.

[5] Statuta Pisana, donnés par Gans, Erbrecht., III, p. 228 et ss.

rence [1], et l'on peut dire que ce fut une coutume presque sans exception, dans toutes les cités où avaient pénétré les coutumes saliques ou lombardes.

Cette exclusion se maintint et s'étendit lors de la seconde rédaction des coutumes; elle s'accommodait trop bien avec l'orgueil de ces cités rivales; *d'ailleurs une maison dans la cité valait un château dehors* [2], et rien de plus naturel que d'appliquer aux successions la loi féodale, ou, si l'on veut, les premières lois de Rome, comme le prétend le comte Verri.

« Quæ omnia demonstrant, » dit-il, sur les statuts de Milan, parlant de cette exclusion, « majores nostros maximum atque perpetuum studium contulisse ad agnationem conservandam pro veteri XII tabularum jure, à Justiniano postea immutato, quo certe nihil ad servandum augendumque familiarum splendorem, nihil ad eas ditandas, *nihil* ad cives in pacis bellique studia impellandos, *utilius, commodius, aptius, commendabilius* potuit afferi. »

L'exclusion fut générale. On la retrouve au nord comme au midi, à Turin, à Verceil, à Pavie, Ostie, Padoue, Plaisance, Florence, Venise, Pise,

[1] Statuta Florentiæ, 1, 223.

[2] A Turin, par ex., c'était un proverbe : « Che chi teneva una casa nella città, era uguale al possessor d' un castello. » Sclopis, p. 320.

[3] L'abbé Dall' Olio explique aussi par l'influence romaine l'exclusion des femmes, mais il est moins heureux pour expliquer la rédaction des statuts municipaux. IV. 21. « Indi una specie di mania avendo presa tutte le città italiane, le terre ed ancora più negletti castelli, di farsi un grosso volume di statuti, la successione intestata specialmente fu presa di mira, et in rapporto alla medesima si rinnovò l'antico sistema di Roma di favorire l'agnazione. »

Mantoue, Bergame, Boulogne, Tivoli, Rome, Velletri [1], et toujours motivée, comme dit le statut vénitien, sur la nécessité d'avantager les mâles, qui font la grandeur de la famille [2]. Souvent aussi, par crainte de voir les fortunes passer en des cités rivales, on ne veut pas que la fille hérite, ou du moins, comme à Pesaro, et à Sinigaglia, on exige de l'étranger qui épouse une citoyenne, qu'il vienne s'établir dans la cité, ou qu'il renonce à la dot [3]; si ma mémoire ne me trompe, pareille disposition existait à Florence. En somme, dans tous ces statuts, on trouve l'expression d'une profonde jalousie contre les voisins, et le soin minutieux de concentrer dans un petit nombre de familles patriciennes tous les biens du territoire; les femmes sont sacrifiées à cette vanité politique, et le prix de ce sacrifice est une dot, dont on néglige de fixer la quotité, relativement à la succession qu'on leur refuse.

La grandeur des cités italiennes disparue, la condition des femmes ne fut point meilleure : l'esprit de gentilhommerie, l'extension démesurée des substitutions, des fidéicommis, des renonciations

[1] Gans. Erbrecht. III, p. 274 et suiv. Dall' Olio, IV, 22.

[2] Décis. du Grand Conseil, du 25 novembre 1352.—Conveniente cosa e favorir à masculi, in quelle cose specialemente, le quale per essi stessi ricevero accrescimento. Et issendo i beni, cosi mobili come stabili, per essi masculi (come e manifesto) accressudi et acquistadi; deliberemo statuendo, che se la donna in propinquitade del defunto precedira al mascolo in un grado, all hora l'uno et l'altro galdano in beneficio della succession de tutti i beni mobili et stabili. » Sclopis, Legislazione italiana (Storia della), p. 149.

[3] Stat. Pisana (1531), II, 92, 93. Statut. Senogalliæ, II, 116, 117. Sclopis, Dictionn. de la Conversation, XXXVIII, p. 232.

contractuelles, ont maintenu l'infériorité des femmes jusqu'à la révolution française [1]. Ce sont nos lois qui, sur le sol italien, ont déraciné cet abus et laissé le germe d'égalité.

La préférence des mâles avait lieu, même pour les successions collatérales, avec ce même adoucissement d'une légitime pour la fille écartée de l'héritage; c'était là encore une coutume générale; mais la quotité de la légitime variait en chaque cité. [2].

Les droits de la mère sur la succession de ses enfants, se ressentaient naturellement de la préférence des agnats. Quelquefois on l'écarte complétement de l'héritage de ses enfants, à Lucques, par exemple, où la préférence des agnats a été poussée jusqu'à ses dernières limites; plus souvent on donne à la mère une légitime, comme à Mantoue, à Rome, à Vicence [4]; l'ancien statut de Pise qui a conservé la loi romaine, lui donne le bien de ses enfants, mais en usufruit seulement.

Statuta Pisana, f° 169. « De matre autem sic observetur ut dum vivit, *quousque non nubit*, usumfructum vel quasi bonorum filii mortui intestati, vel filiæ sine liberis habeat, pro eâ parte quam, secundum legem Romanam, filio vel filiæ in proprietate succederet ab intestato.

La condition de viduité, imposée par le statut de

[1] Sclopis, Storia dell' antic. legisl., p. 316. Dictionn. de la Conversation, v° Italie (Législation). Gans. Erbrecht, III, 290 et suiv.

[2] Stat. de Venise, IV, 27. Stat. de Rome, ch. 146. Stat. de Mantoue, Gans. Erbrecht, III, 90.

[3] Pareille exclusion à Verceil et à Saluces. Sclopis, p. 315.

[4] Gans. Erbrecht, III, 292; Stat. de Rome, ch. 146.

Pise, se retrouve presqu'en toutes les coutumes italiennes[1]; partout, sous l'influence des doctrines canoniques, il y a défaveur pour les seconds mariages. A Pise, par exemple, si la mère se remarie sans le consentement des agnats, on lui retire sa fille[2], dont elle est d'ailleurs la tutrice naturelle, car, sur cette question de tutelle, on a généralement admis les principes de la législation romaine dans son dernier état. On a même été plus loin, car il est permis d'être tutrices aux femmes autres que la mère ou l'aïeule; seulement on leur adjoint un parent mâle, pour surveiller l'administration des biens du mineur. C'est encore dans les statuts de Pise que je trouve cette singularité.

Pour les libéralités qui précèdent le mariage, il y a une grande ressemblance entre les cités italiennes et nos villes du Midi. On voit d'abord subsister l'une près de l'autre la donation à cause de noces *la meta* et *le morgengabe* lombard; Vérone, par exemple, dont les statuts sont du commencement du treizième siècle, nous montre ces institutions également admises[3]; mais à Pise, la donation à

[1] Statuta Pisana, f° 196.

[2] Statuta Pisana, f° 112.

[3] Cap. 174. « Omnes cessiones à maritis vel à filiis aut nepotibus factas in uxores, matres, vel avias, vel a patre in filias vel nepotes *occasione dotum vel donationis propter nuptias* cassabo et in irritum deducam, si indè requisitus fuero à creditoribus, et faciam eas contentas esse pro possessione in tantum de bonis mariti, quantum fuerit *dos et donatio propter nuptias, meta vel quartisio.*

» Idem observabo si cessio facta non fuerit, dùm tamen condemnatio intervenerit, ita tamen quòd nullum emolumentum

cause de noces s'est perdue dans l'*antefattum*, nouveau nom du *morgengabe* ou de la *quarta*, depuis que cette libéralité se constitue régulièrement avant le mariage. Cet *antefatto* prend à son tour le nom et la forme de l'augment de dot, tel qu'il est reçu dans certaines de nos coutumes méridionales [1]; c'est un véritable douaire coutumier, qui frappe sur le fief, l'emphythéose et la substitution [2], et quelquefois même il en porte le nom (*dotarium*). A Milan comme à Pise, la *quarta* est un véritable douaire coutumier du quart des biens du mari; l'influence des coutumes franques et lombardes a fait triompher le droit germanique; partout ailleurs c'est le droit romain qui a le dessus, et du droit lombard énervé, à peine reste-t-il quelque vestige dans l'augment de dot, qui, dans la plupart des statuts italiens, tient de la *donatio propter nuptias* plus que du douaire, et, comme la donation, se mesure et se règle sur l'importance de la dot [5].

C'est encore le droit romain qui règle seul le régime des biens durant le mariage; la dot, les paraphernaux, l'hypothèque légale sont des institutions généralement admises [6]; seulement, par suite de

debeat habere mulier de fructibus perceptis, de rebus assignatis propter *Donationem*, *Metam* vel *Quartisium*, vivente marito. »

[1] Stat. Pisana, f° 129 et ss. Sup., liv. II, s. 2, ch. 3.

[2] Gans. Erbrecht., III, 281.

[3] Stat. de Venise, IV, 11.

[4] Verri, p. 50 et ss.

[5] Sclopis, Storia, p. 320.

[6] Il faut mentionner comme une exception le mariage *al modo Sardesco* de la *Carta de Logu* qui, dans la Sardaigne, admet la communauté d'acquêts.

l'esprit patricien qui domine en toutes ces cités, la législation se montre disposée à étendre la puissance du mari ; ainsi, par exemple, à Vicence, si la femme ne se constitue pas de dot, tous ses biens sont considérés comme dotaux [1] ; cette question, trop longtemps controversée dans nos pays de droit écrit, ne fut décidée définitivement en ce sens que dans le dix-huitième siècle [2].

Par une suite du même esprit, le statut de Vicence décidait que la femme ne pouvait aliéner ses paraphernaux sans le consentement du mari; et, en général, on ne lui permettait pas de s'obliger sans l'aveu de son époux [3], auquel on adjoignait souvent deux agnats, qui rappellent l'*advocatus*, le *vogt* des coutumes allemandes [4]. A Pesaro, non-seulement l'obligation contractée par la femme sans le consentement de son mari était nulle, mais encore il y avait amende pour le notaire qui s'était permis de recevoir un tel contrat. Forli avait ajouté que le serment de la femme ne pouvait couvrir la nullité du contrat, précaution prudente, car les canonistes éludaient toutes les prohibitions au moyen de cette formalité.

« Les docteurs ultramontains, dit Coquille [5], se sont abusés,

[1] Gans, Erbrecht., III, 280.

[2] Bretonnier, Questions de droit, V° Paraphernaux.

[3] Statuts de Plaisance de 1441. « Si aliquo tempore mulier voluerit ordinare, non sit ei licentia sine consensu mariti. » (Boselli, Storia Piacent., p. 309.)

[4] Cette coutume se retrouve à Mantoue, à Sinigaglia, à Gubbio (Gans, III, 271).

[5] Sur Nivernois, titre des Donat., art. 8.

étant trop adhérens aux canonistes, qui disent que le serment oblige précisément quand il peut être observé sans péril de la damnation de l'ame. Mais en France, nous mesurons le serment accessoire à la même mesure du contrat principal, duquel il s'approche. Et ainsi dit Décius (Conseil 408) et allègue Oldrade (Conseil 238), disant que le serment ne peut augmenter la valeur et force de l'obligation, mais qu'il lie la conscience davantage, à cause de la religion. »

La prohibition des donations entre époux fut aussi rigoureuse que dans le droit romain; à Pise, la donation ne pouvait excéder quinze livres de revenu annuel [1]; à Rome, même le serment ne validait pas la donation, et le mari ne pouvait donner à sa femme que l'anneau de mariage; encore ne devait-il pas être enrichi de brillants, (*qui debeat esse sine lapide*) [2]; à Mantoue, la donation n'était point valable alors même que l'époux la confirmait à son lit de mort : « *Quoniam* » *viri et uxores de facili, et per importu-* » *nitatem petentes, ad donandam sibi invi-* » *cem inducuntur, et homines plerumque cogi-* » *tatione mortis turbati, obliviscuntur eorum* » *quæ agerent si sanitate vigerent, statuimus* » *et ordinamus quod donationes factæ inter* » *virum et uxorem morte donantium præmorien-* » *tium non confirmentur, nec juris effectum as-* » *sumant.* » Le statut de Venise, non moins jaloux, donne au mari les donations faites à la femme pendant le mariage, pour parer ainsi à des fraudes possibles [3].

[1] Stat. Pisana, f° 189.
[2] Stat. Roman., I, 140.
[3] Stat. Venet., III, ch. 42.

A Gaëte, la femme ne peut recevoir pour son *Osculum* (*Pro Basatico*) plus de trois livres[1]; à Pesaro, la donation ne peut excéder le quart de la dot; c'est là un usage germanique; mais une coutume qui n'est germanique, ni romaine, c'est celle de Velletri qui, pour éviter des fidéicommis, défend même aux étrangers de faire donation à la femme, et ce sous peine d'une amende de dix livres.

A la mort du mari, la femme n'a droit, en général, qu'à la reprise de la dot, et à l'augment quand la coutume le lui donne[2]; en quelques villes, elle a aussi le droit de bagues et de joyaux, *Corredi*, nom étrange, dans lequel on retrouve le *Rhedo* de la loi saxone, la *Gerade* des coutumiers allemands. Du reste, ce gain de survie est de peu d'importance; à Gaëte, par exemple, sa valeur ne doit pas dépasser vingt onces[3]. A Pise, quand les joyaux donnés par le fiancé excèdent quarante solidi, il faut la déclaration expresse qu'il entend faire une donation à sa fiancée, sinon ces joyaux restent à la succession[4]. Du reste, ce que la femme peut emporter comme étant à son usage personnel, se réduit à presque rien. « *Dum tamen mulier ultra duo scagialia*[5] *argenti, et coopertorium et culcitram*

[1] Gans., Erbrecht., III, 279.
[2] Hein, Elem. Jur. germ., § 245, 246.
[3] Gans, Erbrecht., III, 279.
[4] Stat. Pisana, f° 138.
[5] Que veut dire scagialia? Le mot qui s'en approche le plus, *scheggiale*, veut dire une ceinture.

» *unam, et matrassam unam, et quatuor annulos*
» *sive supersint sponsalitii, sive non, et alios*
» *etiam si pluribus usa fuerit, habere non pos-*
» *sit.* » Les créanciers du mari n'avaient aucun droit sur les corredi [1].

En résumé, plus on s'éloigne de la conquête, et plus à l'égard du régime des biens durant le mariage, les doctrines romaines commandent en souveraine dans la Péninsule. Dans les pousses vigoureuses de sa seconde végétation, le droit romain a complétement étouffé les lois lombardes, les plus franchement germaniques cependant parmi toutes les coutumes barbares.

TITRE III.

L'Espagne et le Portugal.

Étudions maintenant ces lois espagnoles si peu connues et pourtant si curieuses; là, nous retrouverons en présence les deux législations romaine et germanique. La première, maîtresse du droit de succession, la seconde régissant le mariage; mais, chose curieuse, la fusion ne s'est pas faite entre ces deux législations, et jusqu'au dernier moment, elles ont tranché l'une sur l'autre, par le plus singulier con-

[1] Statut. Pisan., fº 130.

traste. *Le Fuero juzgo*, dont l'esprit est tout romain, est resté comme le fond des législations espagnole et portugaise, et cependant à côté de lui se sont développés les fueros des villes, coutumes où se sont conservées les doctrines et les idées barbares; ce qui a fait dire à un beau génie que, réfugiés dans les montagnes des Asturies, les compagnons de Pélage durent, jusqu'à un certain point, redevenir germains [1].

Au treizième siècle, les *Siete partidas* ont repris la tradition romaine; sous Philippe II, la *Recopilacion* est venue pour achever le triomphe de la législation justinienne, et néanmoins par cette vitalité toute particulière qui fait le caractère des municipalités espagnoles, les fueros ont résisté aux volontés royales et à l'influence des jurisconsultes imbus des idées romaines. Les coutumes germaniques se sont maintenues jusqu'à nos jours avec une persistance remarquable; les fueros ont été défendus par les Espagnols avec une énergie qui prouve assez combien ils rendaient justice à ce palladium de la liberté civile non moins que de la liberté politique.

La famille espagnole tient par sa législation aux familles romaine et germanique; la puissance du père est, comme dans le midi de la France et de l'Italie, la puissance du *pater familias* [2]. L'Aragon seul, pays franchement germanique et féodal, fait ex-

[1] Guizot, anc. Revue française, t. I, p. 242.

[2] Fuero de Fuentes; Fuero de Soria, de Cuença, XL, c. 10 Marina, Ensayo critico, I, p. 246.

ception à cet égard [1]. Du reste cette puissance s'adoucit singulièrement par l'influence des romanistes de Bologne, qui firent pénétrer en Espagne les *nouveautés du Code Justinien*, comme les nomme Marina [2]; et sous le règne d'Isabelle, les lois de *Toro* corrigeant les principes romains adoptés par les *Siete partidas* [3], permirent de tester à la fille en puissance aussi bien qu'à la fille émancipée [4]. Également le mariage émancipe dans les fueros [5], ainsi que dans les ordonnances portugaises [6].

Mais l'énergie de la puissance paternelle s'est conservée dans le droit qu'a le père de marier sa fille, malgré son consentement, droit rigoureux qui rappelle et la *patria potestas* et le *Mundium* Lombard. Mais, en Espagne, les frères n'ont pas les prérogatives du père, comme dans les lois lombardes, et le *fuero real* stipule expressément le privilége de la femme à cet égard, pourvu toute-

[1] Fueros y observancias de las costumbres escriptas del reyno de Aragon, P. II, Obss. f° 7. « Item de consuetudine regni non habemus patriam potestatem. »

[2] Ensayo Critico, p. 247.

[3] Partid. I, c. 13; Fuero de Cuença, XL, c. 11.

[4] Leyes de Toro, L. 5. « El hijo o hija qui esta en poder de su padre, seyendo de edad legitima, pueda hazer testamento, como si estuviesse fuera de su poder. »

[5] Fuero de Cuença. « Omne testamentum quod filius antequam contrahat condiderit, frivolum habeatur, et cassum ruptumque judicetur. Quia cum sit in potestate parentis, nihil potest dare, nihil testare. » Il n'est pas besoin de faire remarquer que le Fuero de Cuença est antérieur aux lois de Toro.

[6] Ordenacoes e leys do reyno de Portugal (Lisboa, 1727), I, 88, § 6. « Por que segundo estylo de nosso Reyno, sempre como o filho e casado (marié), he havido por mancipado e fora de poder de seu pay. »

fois qu'elle ne se déparage pas [1]. Également la veuve quel que soit son âge, et la fille majeure de trente ans peuvent se marier sans le consentement du père, et, en ce cas, n'ont point à craindre la perte de leur légitime.

Le père dote ordinairement sa fille, mais les *Siete partidas*, imitées du droit romain, furent les premières lois qui firent de cet usage une obligation [2]. La mère, qui dans la législation romaine n'est point soumise à cette obligation, fut aussi dispensée par les *Siete partidas*, sinon quand elle était juive, maure ou hérétique, et que sa fille était chrétienne [3].

La dot, sujette à rapport dans les lois de Toro [4], quand elle excède la portion disponible, c'est-à-dire le quart ou le cinquième des biens du testateur, est limitée par la *recopilacion* et ne peut excéder une année des revenus du père [5]; c'est une loi somptuaire plus qu'une défaveur du sexe, car, si je néglige quelques dispositions des fueros Aragonais qui font exception dans la législation espagnole [6], je vois toujours régner une parfaite égalité entre le droit des filles et celui des fils. Le droit romain est la base du droit de succession dans le *fuero real* [7], comme

[1] Fuero real, lib. II, tit. I De los Casamientos, L. 2 et L. 5.

[2] Partida IV, tit. II, liv. 1, 3.

[3] Lib. 3, L. 9. « Pero si la madre fuesse hereja o judia, o Mora pueden la apremar que dote su fija aquella que fuesse christiana »

[4] Leyes de Toro, L. 89.

[5] Nueva Recopilacion, V, 2, 1.

[6] Gans, Erbrecht., III, 436.

[7] Fuero Real, lib. III, tit. VI. De las Herencias.

dans les *Siete partidas*[1], dans les lois de Toro adoptées par la *recopilacion*[2], comme dans les *ordenacoes* portugaises[3]. Toutes ces lois, imitées de la Novelle 118, tranchent singulièrement sur les fueros des villes, qui tous, fidèles aux idées germaniques, distinguent la succession des meubles de celle des propres (*radices*, *raiz*), distinction qui amène dans la législation quelques-uns des effets de notre ancienne règle *paterna paternis*, *materna maternis*.

Mais cette distinction des patrimoines est bien loin d'entraîner après elle les résultats que nous avons trouvés dans les législations féodales; la fille n'est point exclue par son frère; et même elle a comme lui le droit de retrait lignager[4]. En somme, c'est le maintien des héritages dans la famille que veut le *fuero*, sans attacher à ce maintien aucune idée de privilége et d'aristocratie; et la preuve c'est que, contente d'empêcher l'héritage de sortir de la ligne, la loi assure à l'ascendant survivant l'usufruit des biens venus à l'enfant par l'autre lignage[5]. En ces deux

[1] Partid. VI, tit. 15.

[2] Recopilacion, V, 8.

[3] Ord. IV, 90 et ss.

[4] Fuero de Zamora. « Padre o madre, abolo o abola que heredade hobieren á vender, quanto uno e otro dier por ella, *fillos*, *o fillas*, *o nietos*, *o nietas* la tomen si quisieron, e paguen hasta IX dias. »

[5] Fuero de Baeza.—« Todo fijo herede de la buena de su padre y de su madre, en mueble y raiz ; y el padre y la madre hereden la buena del fijo en el mueble; ca el padre no ha de heredar la raiz del fijo que de su patrimonio alcanzó. Ma en la otra raiz que los parientes ensemble ganaron, hala de heredar el padre que fuere vivo, o la madre por el derecho del fijo en todos los

points, l'égalité des enfants, et la sage conservation des droits de l'ascendant, la loi espagnole se distingue de la façon la plus heureuse des coutumes anglaises, allemandes et françaises.

L'admission des femmes sur le pied d'égalité favorisait nécessairement le droit des mères; aussi voyons-nous que les lois de Toro donnent à la mère un droit égal à celui du père dans la succession des enfants, et qu'elle les préfère tous deux aux frères germains.

Leyes de Toro, L. 7. « El hermano para hereder ab intestato a su hermano, non puede incurrer con los padres o ascendientes del defunto. ».

A côté de la succession des propres, partagés suivant l'égalité des lois romaines, on retrouve, comme un souvenir des coutumes germaniques, une succession mobilière privilégiée, en un mot la *Gerade* et l'*Heergerade*. Ainsi le statut d'Alcala donne au fils les armes et le cheval de guerre du père, à la fille les vêtements de la mère [1]; c'était également une

dias de su vida, si el fijo VIII dias visquiere. Mas despues de la morte del padre o madre la raiz torne a su raiz. Por esta causa, mando io que maguier el parente que fuere vivo, haya de hereder la buena del fijo todos los dias de su vida, empero por quanto a la raiz ha de tornar, de fiadores que la raiz guarde que non se danne. Maes la raiz que al fijo de patrimonio le alcanzare torne a su raiz a quel dia que el finare. » Pareille disposition se retrouve dans les fueros de Sepulveda, Burgos, Plasencia, Zamora, Cacerès, Alcala. *Voy.* aussi fueros de Viscaya, f° 63.

[1] Fuero de Fuentes. « Tot home de Fuentes que hobier fija o fijas, el caballo e las armas del padre e los pannos finquen en los fijos varones, e los pannos de la madre finquen en las fijas. »

prérogative de la noblesse castillanne de pouvoir donner en préciput à l'aîné le cheval et les armes, « *el caballo è las armas de su corpo para servir » al sennor como sirvio el padre a otro sennor » qualquier* [1] ». Semblable droit d'aînesse se retrouve dans le royaume de Léon, nommément dans le fuero de Cacerès [2].

Pareille succession privilégiée est établie pour le survivant des deux époux; et le fuero viejo semble avoir puisé aux mêmes sources que le Miroir de Saxe ou la très-ancienne coutume de Bretagne [3].

« Esto es fuero de Castilla : Que si un caballero e dueña son casados en uno, e se muere la dueña, e partier el cavallero con suos fijos del mueble, puede sacar el cavallero de mejoria suo cavallo, e suas bestias, e suas armas de fuste e de fierro. E si murier el cavallero, puede sacar la dueña fastra tres pares de paños de mejoria, si los ovier, e sua mula ensillada, e enfrenada, si lo ovier, et suo lecho con suo guarnimiento, el mejor que ovier, e una bestia para acemila, la mejor que ovier. »

Le droit des filles reçut une rude atteinte par l'introduction des majorats et des substitutions qui, vers le quatorzième siècle, firent invasion dans la jurisprudence espagnole, à la suite des jurisconsultes italiens [4]. Ces institutions contraires à l'esprit des fueros municipaux, furent accueillies avec une certaine faveur en quelques provinces d'Espagne,

[1] Fuero Viejo de Castilla, V, 2, 4.

[2] Todo home que moriere, den su cabello en los armas a so filio mayori, et si filio varon non habuerit, deut suas armas et suo cabello por sua anima. »

[3] Fuero Viejo de Castil., V, 1, 5.

[4] Sempere y Guarino, Historia de los vinculos y Mayorazgos. Madrid, 1805, p. 270 et ss. — Fueros d'Aragon, f° 127, R°.

en Aragon et en Castille par exemple, et les bourgeois demandèrent à profiter de ce privilége accordé, dans l'origine, à la seule noblesse; mais cette faveur fut une exception, et quoique favorisés par les lois de Toro, chaudement soutenus par les juriconsultes, et pour dire encore plus, conformes à l'esprit du temps, néanmoins les majorats firent tellement violence au génie des coutumes espagnoles, que depuis leur établissement jusqu'à nos jours, ç'a été une suite continuelle de plaintes contre cette mauvaise institution [1]. Les substitutions ont embarrassé et gêné toutes les législations, en contrariant la pente des sentiments les plus naturels au cœur de l'homme; mais c'était bien pis en Espagne où l'égalité des femmes était, depuis dix siècles, une victoire acquise. Aussi y eut-il lutte, dès le premier jour, entre les romanistes et les jurisconsultes fidèles au vieil esprit espagnol; et, qui le croirait, il fallut plus de trois siècles pour décider si la ligne féminine étant appelée au défaut des lignes masculines, le mâle le plus proche dans la ligne féminine, devait succéder avant la femme héritière au même degré [2]. Une pareille décision n'aurait jamais eu lieu dans nos coutumes, non plus que cette autre difficulté qui fut tranchée par une pragmatique de 1615, suivant laquelle Philippe III, appela la femme la plus proche en degré à succéder au majorat, sans distinc-

[1] Recopilacion de las leyes de Navarra, 1735, t. II, 641 et ss, Sempere, loc. c., p. 285, et Jovellanos, Informe de la sociedad economica de Madrid, en los años de 1766 et 1767.

[2] Pétition des Cortès de Madrid de 1522. Sempere, p. 288.

tion de ligne [1]. De tels majorats ne sont qu'une gêne pour l'agriculture, et un embarras dans la législation, sans compensation politique. Il y a déjà quatre-vingts ans qu'un des grands génies politiques qu'ait possédés l'Espagne, Campomanès, sollicitait l'abolition de ces mains-mortes qui ont ruiné et dépeuplé la Péninsule; il est probable qu'à la suite de sa révolution, l'Espagne, mettant à profit l'expérience française, et les conseils de son ancien ministre, réalisera à son tour cette égalité qui fait la gloire de nos Codes et la grandeur de notre pays; et pour cela faire, l'Espagne n'a qu'à être elle-même, et à répudier une jurisprudence étrangère pour revenir à ces vieilles coutumes, qui firent pendant plusieurs siècles sa prospérité.

Voyons maintenant la législation du mariage; là, nous retrouverons encore les coutumes germaniques tranchant sur les usages romains.

Le mariage est précédé d'une donation du mari (*Arras*) que nous avons déjà vue dans le *Forum judicum*. Le taux de ce douaire est du dixième des biens du mari, dans la loi gothique; cette quotité est restée dans les coutumes de Castille et de Léon. *La Carta de arras* du Cid, que nous a conservée Risco [2], contient cette donation du dixième; même

[1] Novissima Recopilacion, Liv. X, tit. 17, l. 8. Philippe reconnaît dans cette pragmatique que les prétentions des femmes sont justifiées par la loi nationale. « Las hembras funden su intencion en las reglas ordinarias que se guardan en la succession destos mios reynos, con las quales dicen se quisieron conformar los fundadores de los mayorazgos. »

[2] La Castilla, app. 3.

usage se retrouve aux onzième et douzième siècles dans les diplômes aragonais et catalans. Marca, par exemple, nous a donné, dans son précieux ouvrage [1], la donation faite par Raymond de Béranger, comte de Barcelone, à sa femme Isabelle; cette donation est du dixième, et faite, dit le comte, *ainsi que le prescrit la loi Gothique.*

Les fueros se montrent généralement plus sévères; le fuero de Cuença fixe le douaire à vingt maravédis d'or, en quoi il est suivi par les coutumes de Baeza et de Plasencia [2]; le fuero de Salamanque permet de donner trente maravédis d'or, et d'employer vingt autres maravédis en trousseau. Oviédo et Cacerès ne mettent point de limites à la générosité du mari; ce qui est une disposition toute exceptionnelle parmi les *fueros* espagnols. Suivant l'ordonnance des Cortès de Najera, le noble, (*fijodalgo*) peut donner en douaire à sa femme le tiers de ses propres (*heredamiento*). Elle a l'usufruit de cet héritage sa vie durant, pourvu qu'elle mène honnête vie et ne se remarie point. Si les parents du mari reprennent l'héritage, ils doivent payer à la veuve une indemnité de cinq cents solidi. En outre, il est permis au fiancé de donner à sa future épouse, *antes que sean jurados*, un présent mobilier qui ne doit point excéder mille maravédis [3]. En Navarre, les *arras* ne

[1] Marca, Hispanica Dipl., p. 1508. « Per meum decimum, sive sponsalitium nuptialiter mihi datum... hæc mihi advenerunt.... »

[2] Marina, Ensayo, p. 207.

[3] La coutume ancienne est beaucoup plus curieuse. « Esto es fuero de Castilla antiguamente : que todo fijodalgo pueda dar a sua muger donadio a la hora del casamiento, ante que sean jura-

peuvent excéder le huitième des biens du mari; c'est une idée toute nobiliaire qui amène cette restriction[1].

Le *fuero real* reproduit la disposition de la loi Gothique : défense au mari de donner plus du dixième; ce dixième est un usufruit quand il y a des enfants du mariage, sauf la quatrième partie, dont la femme peut disposer *por su alma;* mais quand les époux n'ont pas d'enfants, ce dixième est une propriété dont la femme peut disposer à son gré [2]. Pour éluder la prohibition de la coutume Gothique, les époux avaient recours au serment, le grand moyen du siècle pour violer impunément la volonté du législateur; mais la loi de Toro, renouvelant une disposition du fuero real, menace de destitution le notaire (Escrivano) assez osé pour recevoir un tel acte au mépris des prohibitions de la loi[3].

dos... é el donadio que puede dar es este : *una piel de abortones, que sea muy grande, e muy larga, e deve aver en ella tres sanefas de oro, e quando fuer fecha, deve ser tan larga, que pueda un cavallero armado entrar por la una manga e salir por la otra,* e una mora; e una mula ensillada e enfrenada, e un vaso de plata, y a esta piel dicen abès (offis, suivant d'autres manuscrits); e esto solian usar antiguamente, e despues de esto usaron en Castilla de poner una quanta a este donadio, e pusieron le en quantia de mil maravedis. »

[1] Novissima Recopilacion de las Leyes de Navarra, 1735, t. II, p. 603. « Tambien se ha visto por experiencia, que suele haver mucho excesso en el ofrecer de las arras a las mugeres, y par causa de esso se vienen a destruir muchas casas y haciendas. » Cette loi est de 1580.

[2] Fuero Real, III, tit. II, liv. I. « E si la muger aviendo fijos, deste marido finare, pueda dar por su alma la quarta parte de los arras a quien quier, e las tres partes finquen a los fijos de aquel marido de quie los ovo; e si fijos non oviere, faga de sus arras lo que quisiere, quier in vida, quier in morte. »

[3] Leyes de Toro, L. 50.

En Aragon, le douaire a une physionomie toute chevaleresque; le mari doit donner à sa femme trois héritages (tres hæreditates); baron, ce sont trois châteaux; chevalier ou *infanzon*, ce sont trois maisons, trois champs ou trois vignes [1]. A côté de ce douaire noble, se trouve un douaire roturier de cinquante solidi au moins, pour la femme franche (*mulier francha*) et un douaire vilain pour la *mulier villana*, consistant en la jouissance d'une chaumière avec son enclos, et les deux meilleures bêtes de labour avec les harnais. Ce douaire est perdu s'il y a des enfants du mariage, car, en ce cas, la femme a un préciput considérable qui lui tient lieu de douaire [2]; encore un point où la coutume espagnole se rapproche des usages germaniques.

Tous ces douaires sont des usufruits, mais néanmoins il est trois cas où la veuve noble peut disposer de chacun de ces héritages, c'est pour avantager l'un de ses fils, pour léguer cet héritage à l'église où son mari est enseveli, si elle veut partager sa sépulture, enfin pour diviser également son douaire entre ses enfants [3]. Charles-Quint limita ces douaires dans l'intérêt de la noblesse, et il fut défendu aux huit premières

[1] Fueros y observancias, Obs. 11, 17. v°. « Item nota, quod Barones quando dotant uxores in tribus hæreditatibus in genere intelligitur de tribus castris, vel villis, vel de toto hereditamento, quod habeant, in uno loco vel in diversis ; sed milites et infantiones quando dotant uxores in tribus hereditatibus in genere intelligitur in tribus campis, vel vineis, vel domibus, vel in una domo, vinea et campo. »

[2] Fueros y observancias, f° 122.

[3] Fueros, I, f° 122, et un diplôme donné par Marca, p. 1110.

maisons aragonaises de grever leurs majorats d'un douaire qui excédât 12,000 ducats [1].

Après ces *arras*, qui rappellent en tant de points le douaire germanique, vient une autre institution du même caractère; je veux parler de la société d'acquêts (*Gananciales*). Il s'en trouve déjà quelque trace dans la loi gothique qui partage les acquêts entre les époux, dans la proportion de leur apport [2]; mais cette institution s'est organisée plus largement dès le onzième siècle, et c'est un usage général de donner à la femme, quel que soit son apport, la moitié des acquêts faits pendant le mariage [3]. Cette communauté d'acquêts se retrouve dans les coutumes d'Alcala, de Fuentes, de Cacerès, de Baeza, dans les fueros d'Aragon, et les dispositions de ces coutumes ont été adoptées presque en mêmes termes, par le *fuero viejo*, et le *fuero real*.

La *recopilacion* a été obligée de respecter cette coutume, encore bien qu'elle ne pût dissimuler son mécontentement de voir la femme devenue la compagne et l'associée de son mari. On dirait que quelque jurisconsulte romain, envieux du droit germa-

[1] Gans, Erbrecht., III, 435. Les *Fueros y Observancias*, f° 122, nomment ces huit maisons; ce sont celles des Ribagorça, Sastago, Illueca, Ricla, Aranda, Belchite, Fuentes et Castro.

[2] Supp., Liv. II, § 2, ch. 6.

[3] Gans, Erbrecht, III, 395.

[4] Fuero Real, lib. III, tit. 3, L. 3. « Muguer que el marido aya mas que la muger, o la muguer que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean communales de ambos a dos; e la heredad o las otras casas donde vienen los frutos, aya los el marido o la muguer cuyos eran o sus herederos. » — Fuero de Alcala. « Todo buena de mueble o de raiz que ganaren o compraren marido e mulier por medio le partan. »

nique, a exhalé ses rancunes dans la rédaction de la loi royale [1].

Une coutume des plus singulières, et qui n'a d'analogue que dans les coutumes de Westphalie [2], fait dépendre la communauté entre époux de l'existence d'enfants nés du mariage, et en ce cas, il y a communauté absolue de tous biens; s'il n'y a pas d'enfants lors de la dissolution du mariage, chaque époux reprend son apport. Cette coutume est le privilége des Biscayens [3].

A côté de la communauté d'acquêts on trouve quelquefois le don mutuel, (*unidad*) contrat par lequel on assure au dernier vivant des époux l'usufruit de tout le bien conjugal, sous la condition que le survivant ne se remariera pas [4].

Cet accord devait être public et solennel [5], et la coutume de Cuença exige même pour la validité du contrat, que tous les héritiers des époux consentent : « *ab*

[1] Recopilacion, V, 9, 1. « Como quier que el derecho diga, que todas las cosas, que han marido e muger, que todas se presmuan ser del marido, hasta que la muger muestre que son suyas; pero la Costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido e muger, son de ambos por medio; salvo los que probare cada uno que son suyos apertadamente, i asi mandamos que se guarde por lei. »

[2] Mittermaier Grundsätze, § 330.

[3] Fueros de Viscaya, XX, ley. 1.

[4] Fuero de Cuenca, XXXVI, 10. *De unitate viri et uxoris.* « Quamvis superiùs sit dictum quod post mortem mariti sui, sive uxoris, heredes cum superstite dividant; tamen si vir et uxor unitatem fecerint, sicut forum est, in vita ı ĺı iusque nullus hæres, sive filius, dividat cum superstite, quandiù vixerit. »

[5] Fuero de Cáceres. « Vir et Mulier, qui unitatem fecerint, faciant illam in die dominica, exida della missa matinale, in collatione de villa, aut sabado ad vesperes, et præstet, sin autem non præstet. »

» *omnibus heredibus concedatur, ab omnibus dico,*
» *ita quod nullus heredum sit absens, quia, si*
» *aliquis heredum defuerit, vel aliquis præsen-*
» *tium eam contradixerit, frivola habeatur et*
» *cassa* ».

A côté de cette faveur germanique, on voit tout-à-coup paraître la dureté romaine. Les donations entre époux permises dans la Catalogne [1] et l'Aragon [2], sont prohibées dans la plupart des fueros, à moins que les héritiers n'y consentent; car la loi espagnole n'a fait cette prohibition que dans l'intérêt des familles [3]; en quoi elle diffère de la loi romaine, qui a fait de cette prohibition une mesure d'ordre public, que rien ne justifie.

Ces brusques contrastes sont dans le génie espagnol; dans la législation, comme dans les arts, il s'accommode de ces oppositions tranchées. Cette facilité à admettre côte à côte des institutions diverses, sans chercher à les fondre, et sans être gêné de leur apparente contrariété, c'est ce qui donne à la nation espagnole une physionomie qui ne ressemble à celle d'aucune nation, ni ancienne ni moderne.

En Portugal, terre toute romaine, où Bartole est encore l'oracle de la jurisprudence, le régime du

[1] Marca, p. 1238.

[2] Fueros y Observancias, II, 16. V°.

[3] Fuero de Baëza. « Aquel que testamento ficiere ninguna cosa non pueda dar a la muger, ni la muger al varon, si los herederos non fueron delante, o non quisieren. » —Fuero de Soria. En vida nin en muerte el marido non pueda dar, nin mandar a su muger ninguna cosa; nin la muger al marido, los herederos non queriendo, o non lo sabiendo.

mariage, par une de ces bizarreries qui ne doivent plus nous étonner, c'est la communauté universelle [1]. Un ancien jurisconsulte portugais, Velasquez, donne au droit de communauté une naïve mais bien juste louange, et c'est par là que je finirai l'exposition du droit curieux de la Péninsule.

« Et est, dit-il, nimium rationabilis consuetudo ex pluribus, primo ut qui communicant corpora quod plus est, communicant etiam bona, jura, et actiones, quod minus est, quia excellentior est persona rebus. Item ne quotidie in eadem domo sit illud jurgium inter conjugatos, quod esse consuevit : *Hoc est meum — Illud est tuum* —prout contigit in illis locis in quibus hujusmodi consuetudo non viget [2].

Une dernière réflexion en terminant cette analyse de la législation espagnole : ces coutumes, dont le *forum judicum* est la première source, Montesquieu ne les a point épargnées dans leur origine; mais franchement ne peut-on pas dire que ce grand homme s'est trompé, et qu'il s'est arrêté aux déclamations du préambule au lieu de pénétrer dans l'intérieur d'un code qui, par la sagesse de ses dispositions, ne le cède pas à celui de Justinien [3]? De toutes les lois du moyen âge, la plus équitable, la plus humaine au regard du sujet qui nous occupe, n'est-

[1] Ord. V, 46. « Todos os casamientos feitos en nostos Reynos, e senhorios se entenden serem feitos *por carta de amistade*, salvo quando entre as partes outra cosa for acordada e contratada, por que entaó se guardara o que entre elles for contratado. »

[2] Praxis partitionum et collationum inter heredes secundum jus commune ac regium Lusitaniæ, Francof., 1608.

[3] Je dirai même que sous le rapport de la latinité, les constitutions gothiques sont moins emphatiques, plus simples et plus concises que les *Novelles* de Justinien et de ses successeurs.

ce pas la loi espagnole? n'est-ce pas celle où la femme a occupé le plus tôt la place qui lui appartient dans notre état de civilisation, celle où l'intérêt des familles a été ménagé avec le moins d'injustes sacrifices; celle où l'égalité a dominé de meilleure heure? Enfin, quand toutes les coutumes barbares n'ont pu survivre aux premiers siècles de la conquête, n'est-il pas remarquable qu'une seule loi, celle des Wisigoths, ait pu venir jusqu'à nos jours, se modifiant par un progrès insensible, et développant le germe de tout ce qu'il y avait de bon et d'humain dans ses premières dispositions?

Ces réflexions, je laisse au lecteur à les développer; heureux si j'ai pu suspendre un préjugé fatal à l'étude de cette belle législation; jusqu'à ce jour, on l'a trop condamnée sans la connaître; il est si doux d'étayer son ignorance de l'appui d'un grand nom; mais j'ose dire qu'à la première lecture d'une coutume espagnole, ces erreurs se dissiperont. Non, ce n'est pas un peuple ordinaire que cette nation malheureuse, et ses lois gardent plus d'un vestige de sa grandeur passée!

SECTION CINQUIÈME.

Dernières réflexions.

J'ai voulu, avec plus de courage que de force, décrire la condition des femmes, depuis les Romains jusqu'à nos jours; cette condition, je l'ai cherchée dans les lois de succession, thermomètre exact de la civilisation de chaque époque, car à chaque époque, l'organisation de la famille a influé sur la constitution de l'état, comme aussi la constitution politique s'est souvent aidée des lois de succession pour modifier l'organisation de la famille, et assurer par les mœurs le triomphe des idées nouvelles. J'ai montré, qu'à Rome, on avait sacrifié l'intérêt des femmes à la grandeur de l'aristocratie, jusqu'à ce que les empereurs eussent pris en main la cause de la faiblesse, et que Justinien, le premier, sous l'influence des idées chrétiennes, eût fait triompher sans partage, les droits du sang. Chez les Germains, comme dans le régime féodal, ces droits du sang n'ont pas été toujours respectés, mais l'exclusion des femmes a été moins rigoureuse et moins absolue qu'à Rome, et presque toujours on a essayé de les dédommager par quelque don mobilier d'une exclusion commandée par les exigences du service militaire.

Dans les villes de France et d'Allemagne, dans les

opulentes cités d'Italie et du Midi, dans la riche Angleterre, le droit des femmes a encore été sacrifié à l'orgueil d'un nouveau patriciat ou à la vanité de la bourgeoisie; les substitutions, les majorats sont venus retarder de plusieurs siècles, une émancipation que le progrès des lumières et la diffusion plus égale des richesses devaient, ce semble, amener plus tôt. Ces substitutions, qui ont couvert l'Europe de main-mortes, et créé une noblesse oisive et fainéante, ont pénétré jusque dans l'Espagne, seul pays où les femmes avaient conservé dans la législation le rang que Justinien leur assigne avec une si grande apparence d'équité.

Quelle est la morale de ces lois diverses, après un aussi long chemin parcouru, quelle conclusion tirer de tous ces faits péniblement observés? la voici : Je ne pouvais choisir une parole plus grave et plus noble pour résumer les considérations que j'ai soumises au lecteur. Quelle voix serait mieux écoutée que celle de l'homme qui a fondé dans nos lois l'égalité civile [1] ?

« Le droit de succéder est d'institution sociale, mais tout ce qui regarde le mode de partage dans les successions n'est que de droit politique ou civil.

« La loi politique, qui ne s'arrête pas aux convenances particulières, quand elle contient un point de vue plus général, se conduit plutôt par la raison d'état que par un principe d'équité. La loi civile, au contraire, dont l'office principal est de régler les droits et les convenances entre particuliers, incline plutôt vers l'équité que vers la raison d'état.

« Les premiers réglements des Romains sur les successions

[1] Portalis, Exposé des motifs du Code civil. Fenet., t. I, p. 519.

furent dirigés par le droit politique; aussi ces réglements renferment des dispositions qui nous paraissent étranges. On avait fait un partage égal des terres [1], on voulait, autant qu'il était possible, maintenir l'égalité de ce partage; de là les filles, destinées à passer, par le mariage, dans les familles étrangères, ne pouvaient rien recueillir dans leurs propres familles; une fille unique n'héritait même pas. Ces réglements sont injustes et révoltants, quand on les juge d'après la raison civile.

« C'est pareillement le droit politique qui avait inspiré nos anciennes coutumes françaises, toutes relatives à l'esprit de la monarchie, qui veut partout des distinctions, des privilégés et des préférences.

« Les dernières lois de Rome, qui ont été recueillies dans la compilation de Justinien, sont entièrement rédigées dans des vues de convenance et d'équité naturelle. La succession des père et mère est dévolue, par égales parts, à tous les enfants sans distinction de sexe, et à défaut d'enfants, aux plus proches.

« À MOINS QU'UNE NATION NE TROUVE DANS SA SITUATION PARTICULIÈRE DE PUISSANTS MOTIFS POUR SUIVRE LA RAISON POLITIQUE, ELLE FERA SAGEMENT DE SE DIRIGER PAR LA RAISON CIVILE, QUI NE CHOQUE PERSONNE, QUI PRÉVIENT LES RIVALITÉS ET LES HAINES DANS LES FAMILLES, QUI PROPAGE L'ESPRIT DE FRATERNITÉ ET DE JUSTICE, ET QUI MAINTIENT PLUS SOLIDEMENT L'HARMONIE GÉNÉRALE DE LA SOCIÉTÉ.

[1] Cette opinion que nous croyons mal fondée, avait été mise en avant par plusieurs savants, et adoptée par Montesquieu. Mais l'erreur historique ne change rien à la justesse du raisonnement.

LIVRE CINQUIÈME.

DE LA CAPACITÉ POLITIQUE DES FEMMES

AU MOYEN AGE.

CHAPITRE PREMIER.

Capacité civique.

Il est difficile de se faire une juste idée de la capacité reconnue aux femmes par les lois du moyen âge, car cette capacité a varié suivant les pays et les temps ; néanmoins, et sans se tromper beaucoup, on peut poser quelques principes généraux qui donneront un à peu près satisfaisant.

Les femmes ont été considérées par les lois du moyen âge comme de condition inférieure aux hommes. C'est-là un fait incontestable et qui subsiste encore dans nos lois civiles. De cette idée d'infériorité, adoptée par les doctrines canoniques, sont résultées toutes ces dispositions soi-disant protectrices, qui ont fait de la femme un mineur perpétuel; de là cette tutelle dont j'ai parlé plus haut, tutelle qui,

disparue de bonne heure des pays méridionaux, s'est maintenue longtemps dans les pays Germaniques; de là ce *Wehrgeld* qui n'est que la moitié du Wehrgeld des hommes, de là des restrictions dans le droit de tester [1], d'agir en justice, de témoigner et de s'obliger. Mais quelquefois aussi cette infériorité est pour les femmes un titre de protection, et leur faiblesse devient pour elles, comme pour les mineurs, un avantage précieux. C'est ainsi que les lois aragonnaises défendent de mettre en prison pour dettes la femme qui s'est obligée civilement [2]; disposition qui se trouve dans nos anciennes coutumes [3], et qui a été étendue par certaines législations modernes, même au cas où il s'agit de dettes commerciales [4].

Du reste, il est un point par lequel toutes les législations du moyen âge se touchent; c'est par l'entière capacité civile qu'elles attribuent à la femme marchande publique, alors même qu'elle est mariée. Cette doctrine est générale, et des établissements de saint Louis [5], au code civil, elle n'a point varié.

Aux incapacités résultant pour la femme de la faiblesse de son sexe, il faut joindre la prohibition de posséder les fiefs qui fut générale dans

[1] Jus Hamb., III, 1, § 13, 14, 17. Jus Lub., II, 14, 1. Jus Rostoch., I, 10, § 1, 53.

[2] Fueros y observancias, fº 221, Rº. *Que muger no puede ser captivadora.*

[3] Grand Coutumier (Paris, 1539), fº 81, Rº. Boerius sur les coutumes de Bourges, titre des droits et de l'état des personnes.

[4] P. l'Amérique, Walker, *An Introduction to American Law.*, p. 222.

[5] Établ. I, ch. 47.

les premiers siècles de la féodalité, et qui a laissé dans la législation féodale un esprit qui fut toujours défavorable aux femmes. J'ai dit plus haut la cause de cette incapacité, c'était l'impossibilité où se trouvaient les femmes d'accomplir le service militaire, condition essentielle de la tenure; nos anciens jurisconsultes, fort peu galants, joignaient à cette première cause, une seconde beaucoup plus impertinente, *l'impossibilité de garder un secret.*

« Feminæ, dit Tiraqueau, repelluntur ob garrulitatem, quoniam mulier nescit retinere arcana, quod est omnino discrepans a natura feudi, cum vasallus inter cætera, et hoc jurare debeat, arcanum, quod ei manifestaverit dominus, nulli se proditurum. [1]

« Feminæ, dit Zasius [2], non præsumuntur secreta domini retinere posse, juxta illud: *mulieres et pueri id celant quod ignorant.* Et consilia earum sunt fragilia. *C. forus, Extra, de V. S.*

Mais quand les femmes furent admises à posséder les fiefs, leur position changea singulièrement, et la condition de la terre l'emportant sur la condition de la personne, la femme possesseur de fiefs eut tous les priviléges du noble vassal, ou pour mieux dire, tous les droits de la souveraineté; droit de lever des troupes, de battre monnaie, de rendre la justice civile et criminelle; ce droit fut aussi absolu que celui des hommes. Pour l'Italie, Muratori nous a conservé une foule de diplômes du neuvième au douzième siècle, dans lesquels on voit agir en souveraines des femmes maîtresses de seigneuries impor-

[1] Tiraqueau cité par de Clercks dans son commentaire sur les fiefs. (Gand, 1771) page 188.

[2] De feudis, page 10.

tantes, telles que l'impératrice Angilberge, femme de l'empereur Louis II, la duchesse Beatrice, ou la comtesse Mathilde [1]. Pour la France nous avons l'exemple de Mahaut, comtesse de Flandre, qui sous le règne de Louis-le-Hutin siégea dans le procès fait à Robert d'Artois [2]; et plus tôt encore, dans l'arrêt du comté de Clermont en Beauvoisis, adjugé au roi Saint-Louis par la cour des pairs, on voit la comtesse de Flandres nommée entre les pairs présents [3].

Ce nouveau rôle choqua vivement plus d'un vassal; les clercs, imbus des idées romaines, et qui ne pouvaient pardonner aux femmes le péché de leur première mère, se révoltèrent contre ce renversement des anciennes coutumes, et un Synode de Nantes, contemporain des premières origines féodales, fulmina contre de pareils abus.

Can. 19. « Mirum videtur, quod quædam mulierculæ, contra divinas hunanasque leges, attrita fronte impudenter agentes placita generalia et publicos conventus indesinenter adeunt, et negotia regni, utilitatesque reipublicæ magis perturbant, quam disponunt, cum indecens sit, et etiam inter barbaras gentes reprehensibile, mulieres virorum causas discutere, et quæ de lanificiis suis, et operibus textilibus et muliebribus inter gynæcea sua residentes debuerant disputare, in conventu publico, ac si in curia residentes, senatoriam sibi usurpant auctoritatem. »

[1] Murat, Antiq. medii ævi, I, page 312 et suiv. 321, 489, 593, 737, 957. II. 965. V. 343, 562.

[2] *Voy.* un ouvrage intitulé : Questions de droit public. (Amsterdam, 1770) dipl. 18.

[3] Dutillet, recueil des Rois de France. (Paris 1618) p. 216, Mieris, Groot charterboek, 1.268. En Angleterre les femmes sont également admises à la pairie, quoiqu'elles n'exercent pas la fonction, et dans notre ancienne monarchie les femmes prenaient part aux États, comme madame de Sévigné aux États de Bretagne. *Voy.* Revue Britannique, oct. 1838, page 250 et suiv.

En dépit des menaces et des anathêmes du concile, ce droit des femmes s'établit si solidement, qu'au treizième siècle, Innocent III, malgré son dévouement aux doctrines romaines, était obligé de reconnaître que, suivant la coutume française, les suzeraines avaient plein droit de justice, et que les Hospitaliers ne pouvaient se soustraire à la juridiction de la reine Aliénor, après l'avoir acceptée pour arbitre.

Decret. IX. 1. De arbitris. IV. «.Quamvis autem secundum regulam juris civilis feminæ a publicis officiis sint remotæ, et alibi [1] dicatur, quod licet summæ opinionis existant, si arbitrium in se susceperint, vel si patronæ inter liberos suos interposuerint audientiam, ab omni sint judiciali examine separandæ, ut ex earum prolatione nulla pœna adversus earum contemptores, nullaque pacti exceptio habeatur, quia tamen juxta consuetudinem approbatam, quæ pro lege servatur in partibus Gallicanis, feminæ præcellentes in subditos suos ordinariam jurisdictionem habere noscuntur, mandamus, quatenus hospitalarios ut arbitrium ipsum, præsertim cum episcoporum fuerit præsentia et consilio roboratum, sicut providè latum est, et ab utraque parte spontè receptum, observent per pœnam in compromisso statutam, appel. postpos, compellatis. »

Les exemples de jugements rendus par des femmes, en leur qualité de seigneur féodal, ne sont point rares; Ives, de Chartres, écrit dans une de ses lettres, qu'il a renvoyé des plaideurs devant la comtesse de Champagne, qui doit juger leurs différends. Chantereau-Lefebvre, en son traité des fiefs, nous a conservé plusieurs de ces arrêts du treizième et quatorzième siècle; mais ce qui est beaucoup plus cu-

[1] L. ult. C. de arbitris.

rieux que les diplômes, c'est une lettre écrite à la vicomtesse de Narbonne, par Louis-le-Jeune [1], dans laquelle le roi de France déclare à la vicomtesse, que les usages de son royaume, plus favorables aux femmes que les lois de l'empire, les admettent non-seulement aux fiefs, mais même à l'exercice de la justice qui en dépend. Il lui mande, en conséquence, de se conformer aux usages de France, plutôt qu'aux coutumes de l'empire dont elle est voisine.

Les coutumes flamandes restées fidèles aux usages de l'empire, ne permettent pas à la dame noble de rendre la justice, mais elles l'autorisent à la faire rendre par son Bailli; l'esprit de ces coutumes est, tout en reconnaissant le droit des femmes, d'en paralyser l'exercice dans leurs mains, en les forçant de se faire remplacer dans tous les services féodaux [2]; la loi espagnole plus douce et non moins sage, autorise la dame noble à juger, mais en se faisant assister d'un conseil de prudhommes, capables de diriger son inexpérience.

Ordenamiento de Alcalá de Henares (an 1378) XXXII, 43. « Otrosi los sabios antiguos ordenaron, que la muger no pueda ser juez [3],

[1] Duchesne, Script. rer. franc. T. IV. Ep. 471.

[2] Wielant, leen recht, tit. 26. « En vrouwe mag wel lene outfangen in Vlaenderen, nogtans en mag sy niet zyn vassal, nogte eed doen, nogte het leen selve bedienen, *sy en vaee Princesse*, maer sy mag hebben vassallen onder haer Heerelykhede, ende Juridictie op hemliaden by haeren bailliu ende mannen, ende het leen bedienen by eenem man van voogdyen. »

[3] *Les sabios antiguos* sont probablement les Romains, car nulle histoire ne fut plus souvent répétée au moyen âge que celle de cette Calpurnia ou Afrania, cause première de l'incapacité des femmes devant la justice.

por que seria deshonesto y sin razon que estuviesse en el ayuntamiento de los hombres ubrando los pleytos ; por seyendo reyna, o condesa, otra señora que heredase señorio de algun Reyno, o de alguna tierra, tal muger como esta tenemos que lo pueda hacer, *por honra del lugar que tiene;* pero esto por consejo de hombres sabios por que si en alguna cosa errare, la sepan consejar y emendar. »

En résumé, la capacité des femmes pendant le moyen âge, a été, (sauf les priviléges du fief) à peu près ce qu'elle est aujourd'hui; en d'autres termes, hormis le pays où la femme a été soumise à la tutelle agnatique, la capacité civile des femmes a été aussi étendue que celle des hommes; mais on leur a refusé généralement cette autre capacité que j'ai nommée *civique*, et qui consiste à remplir certaines fonctions d'intérêt public, telles que celles de magistrat, de juge, d'officier de justice, de témoin, etc.

« La loi, dit Bodin [1], a défendu à la femme toutes les charges et offices propres aux hommes, comme de juger, postuler et autres choses semblables, non pas seulement par faute de prudence, comme disait Martian, qu'entre toutes les déesses il n'y avait que Pallas qui n'eut oncques mère (pour montrer que la sagesse ne procède point des femmes), mais d'autant que les actions viriles sont contraires au sexe, à la pudeur et à la pudicité féminines. Et n'y eut chose qui plus irrita le sénat contre l'empereur Héliogabale, que de voir sa mère entrer au Sénat, seulement pour voir et non pas pour opérer, ce qui fut trouvé bien étrange de ce que Mahaut, belle-mère de Philippe-le-Long, assista au jugement de Robert, comte d'Artois, et Marguerite de Flandres, au jugement du comte de Clermont. »

Dans ces dernières réflexions, Bodin parle en romaniste; il oublie trop que dans le système féodal,

[1] De la Rép. VI. C. 5, pag. 735.

la propriété l'emportant sur la personne, c'était, en quelque façon, une conséquence nécessaire que le propriétaire du fief, fût-ce une femme, rendît la justice et commandât à ses vassaux, comme eût fait un homme; mais cette singulière organisation détruite, ce fut justice et raison que la femme reprît le rôle que la nature lui a assigné. La maison conjugale, tel est le domaine paisible où la femme doit régner sans partage; c'est là que se trouve le bonheur pour elle, pour ses enfants, pour son époux, et non dans ces agitations de la vie publique, où l'homme lui-même perd la sérénité de son âme et n'est bientôt plus maître de son cœur.

CHAPITRE II.

Capacité politique.

Quand la révolution féodale fut achevée, en d'autres termes, quand la souveraineté se fut incorporée au sol avec tous ses attributs, les femmes se trouvèrent appelées au trône, ou exclues de la succession royale, suivant que la coutume de la terre leur donnait ou leur refusait la succession du fief. Ce que je dis des monarchies est vrai des plus petites baronies. Au moyen âge, il n'y eut point de droit politique différent du droit civil; la succession au trône ne fut que la succession féodale, le royaume étant lui aussi un fief et le premier des fiefs.

Ce caractère du droit politique au moyen âge, nous explique la diversité des usages qui, dans un même pays, bigarraient la législation des dispositions les plus contradictoires; rien d'étonnant à ce que Philippe-de-Valois repoussât les prétentions du roi d'Angleterre, en même temps qu'il soutenait les droits de la duchesse de Bretagne, du moment que la coutume de France, excluait les filles de la succession du fief, et que la coutume de Bretagne les y appelait; et comme la diversité n'existait pas seulement par provinces, mais par chaque fief de chaque province, rien d'étonnant que d'une terre à l'autre, la succession et la coutume ne changeassent. C'est en effet, le cachet le plus remarquable du droit de propriété (dont le droit de succession n'est qu'un démembrement), qu'il peut prendre et vêtir toutes les formes dès que la législation ne le contrarie pas.

Grotius, ce grand penseur, à qui l'histoire du droit était si familière, a remarqué dans son livre combien les royaumes du moyen âge différaient des royaumes antiques; et sur cette observation, il a fondé sa distinction des royaumes patrimoniaux, *regna quœ pleno modo possidentur et in patrimonio sunt*, et des royaumes reçus du peuple, comme une magistrature, *regna quœ modum habendi accipiunt ex populi consensu* [1]. Dans ces derniers, la succession est dévolue d'après la volonté nationale présumée; le titre venant du peuple, il

[1] Grotius, de J. R. et P., II, 7, § 12.

est juste d'observer les conditions qu'il a pu mettre à sa concession, que ces conditions soient expresses ou tacites [1]; mais dans les premières, la succession est allodiale ou féodale, car (je complète la pensée de Grotius) le royaume n'est autre chose qu'un fief ou qu'un alleu [2].

Grotius, de J. B., VI, ch. 7, § 20. « Ubi vero mos succedendi, diversus et in allodiis et feudis, si regnum non sit feudale, aut certè primitùs non fuerit, etiam si postea hominium pro eo præstetur, succeditur ex lege quâ in allodiis succedebatur tempore regni instituti. »

§ 21. « In iis autem regnis, quæ primitùs data sunt in feudum ab eo qui plenè dominus erat, sequenda erit lex successionis feudalis, non semper Langobardica illa, quam prescriptam habemus, sed quæ in gente quâque præcepta fuit, quo tempore data est prima vestitura. Nam Gothi, Vandali, Hunni, Franci, Burgundiones, Angli, Saxones, nationes omnes Germanicæ, qui partes optimas imperii Romani bello occuparunt, suas singuli leges aut mores de feudis, non minùs quam Langobardi, habuerunt. »

Rien de plus vrai que cette observation de Grotius: *telle la loi féodale, telle la loi monarchique;* cette règle va dominer le sujet que nous étudions, et nous verrons toujours les filles admises ou exclues, suivant que la coutume féodale, et même en remontant plus haut, suivant que la coutume germanique leur donne ou leur refuse la succession de

[1] Grotius, de J. B., II, 7, § 14. « At ea quæ populi libero consensu facta sunt hereditaria, ex præsumpta populi voluntate deferuntur. Præsumitur autem populus id voluisse quod maximè expedit. »

[2] Tous nos anciens jurisconsultes, Dumoulin en tête, font du royaume de France un alleu, ou, en d'autres termes, un fief, sans supérieur.

la terre. Grotius ajoute, et cette remarque n'est pas moins juste que la précédente, que ces diversités du droit successif, peuvent se ramener à deux grandes catégories : la coutume française ou agnatique, qui appelle les mâles descendants des mâles à l'exclusion des femmes à l'infini ; et la coutume castillane ou cognatique qui, à égalité de degré, préfère les mâles ; mais, en degré inégal, donne la préférence à la femme plus proche sur l'agnat plus éloigné [1]. A la coutume française, se rattache la succession des électorats d'Allemagne, du duché de Savoie, et de quelques seigneuries italiennes ; l'Autriche, l'Angleterre, l'Écosse, le Portugal, l'Italie, les royaumes du Nord ont, en général, suivi la même coutume que l'Espagne ; c'est dans cet ordre, que nous allons étudier la succession de ces États ; nous dirons ensuite ce qu'on doit penser de ces deux formes d'hérédité.

[1] Grotius, De J. B. II, 7, § 23. « Est et.... *successio agnatica* dumtaxat marium ex maribus, quæ ex nobilissimi regni exemplo, successio juris francici vulgo appellatur. Hæc quatenus a cognatica differt, in hoc maxime introducta est, *ne per feminarum matrimonium ad peregrinum sanguinem imperium deveniret*. Est et ubi deficiente agnatica, substituitur successio cognatica. »

« Hæc autem est.... successio cognatica in qua feminæ et feminis nati non excluduntur sed postponuntur in eadem linea, ita ut etiam regressus ad eas sit, si propiores, aut pares cætera mares, aut ex maribus defecerint.

« Hæc est successio regni Castellæ, ad cujus exemplum etiam majoratus jura in eo regno constituta sunt. »

CHAPITRE III.

De la succession au royaume de France.

Les femmes ont toujours été exclues de la couronne de France, « *non par l'autorité de la loi* » *Salique*, dit Dutillet [1], *laquelle dispose généra-* » *lement que s'il y a des enfants mâles, les* » *femelles n'héritent qu'ès meubles et acquêts,* » *non en ancien patrimoine qui s'appelle terra* » *Salica*. Et est vieux mot ne signifiant autre chose » duquel on usoit encore l'an 1031, ainsi qu'il » appert par le titre d'un archidiacre de l'église » d'Angoulesme où il est, et à la quelle il donne » son aleu ou *héritage Salique*, y nommé, sis au » pays de Xainctonges. Le même article de la dite » loy est en autre loy des François appelés Ripuaires, » où les dits mots *terre Salique* sont déclarés par » ceux-ci dont il use, *héritage des ancêtres*. Par » la dite loy Salique, écrite pour les seuls sujets, » quand n'y avoient fils les filles héritoient en » l'ancien patrimoine [2]. Qui voudroit régler la cou- » ronne selon icelle, mesdames filles de France, » au défaut des fils, la prendroient ; et néanmoins » *elles en sont perpétuellement excluses par cou-*

[1] Recueil des Roys de France, t. 1, p. 308.

[2] Ce point est douteux.

» *tume et loy particulière de la maison de*
» *France, fondée sur la magnanimité des Fran-*
» *çois, ne pouvant souffrir être dominés par*
» *femmes de par elles* [1], *aussi qu'elles eussent par*
» *mariage pu transférer la couronne aux étran-*
» *gers; bien se sont soubmis à femmes ayant le*
» *pouvoir du souverain ou de la loy pour un*
» *temps.* »

Ces paroles de Dutillet sont à étudier de près; car Dutillet, écrivant presque toujours sur des pièces authentiques, son opinion est celle même de nos rois; et c'est par cet argument *de la coutume et de la loi particulière de la maison de France*, que Philippe de Valois repoussait les prétentions du roi d'Angleterre, et non par la loi salique, dont le nom n'a été prononcé que beaucoup plus tard. La différence, du reste, est dans les mots plus que dans les choses.

J'ai dit plus haut que sous la première et la seconde race de nos rois, les filles avaient toujours été exclues du trône, et j'en ai donné la raison, prise de la coutume germanique. Cette même coutume, devenue la loi des fiefs de *France* (je prends ce mot dans son acception la plus étroite) et que Seyssel a pu nommer *Loi Salique*, sans se tromper, cette même coutume, dis-je, régit la succession du trône sous la troisième race.

La première discussion au sujet du droit des filles, eut lieu en 1316, lors de l'avénement au trône de

[1] C'est-à-dire *gouvernant de leur chef;* car les régentes ont toujours été bien vues en France.

Philippe le Long. A la mort de Louis le Hutin, roi de France et de Navarre, Jeanne, sa fille unique, femme de Philippe d'Evreux, hérita de la couronne de Navarre, (car la Navarre était un fief féminin, et Louis le Hutin y avait succédé du chef de sa mère, du vivant même de son père) ; mais elle fut exclue du trône de France par son oncle, Philippe le Long.

Agnès de France, fille de saint Louis, veuve de Robert second, duc de Bourgogne, aïeule de Jeanne de Navarre, interjeta appel du couronnement du roi Philippe le Long, pour sa petite fille; cet appel fut jugé contre elle; Pierre Darablai, cardinal, auparavant chancelier de France, joua le principal rôle dans cet arrêt important; *c'est la première fois*, dit Hénault, *que, dans notre histoire, il ait été fait mention de la loi salique* [1]. Je doute que le nom de cette loi ait alors été prononcé; je ne connais du moins aucun monument qui l'indique.

Par une singularité remarquable, en même temps que Philippe le Long succédait au préjudice de sa nièce, il soutenait les droits de Mahaud, comtesse d'Artois, contre les prétentions de ce Robert d'Artois qui fit tant de mal à la France en excitant contre nous le roi d'Angleterre. Un arrêt solennel de l'an 1318, confirma Mahaud dans la possession du comté-pairie d'Artois, et Robert fut contraint de se soumettre. Le roi avait un intérêt personnel à cette affaire, ayant épousé Jeanne, fille de Mahaud et d'Othon, comte de Bourgogne. Cet arrêt fut, dans

[1] Abrégé chronologique, I, p. 212.

la suite, la source de grandes guerres entre Philippe de Valois et Édouard III, roi d'Angleterre, qui prit le parti de Robert d'Artois.

« On remarquera peut-être comme une singularité, dit le président Hénault [1], la circonstance où l'Artois est donné à Mahaud par préférence à son neveu, tandis que l'on faisait valoir la loi salique, contre Jeanne, fille de Louis Hutin, en faveur de Philippe le Long; n'était-ce pas, en effet, une espèce de contradiction de voir la comtesse d'Artois, en qualité de pair de France, soutenant la couronne sur la tête d'un prince qui venait de priver de cette même couronne l'héritière de son frère, sous prétexte, qu'une fille n'était pas faite pour la porter? *La loi salique n'était-elle donc pas la même pour l'Artois que pour la France?* Non: parce que, suivant la coutume de chaque province, il y avait de grands fiefs féminins, tels que le duché de Guyenne et le comté d'Artois, et de grands fiefs masculins tels que le duché de Bourgogne et celui de Normandie [2]; et que la couronne de France, suivant la loi des Français, autrement la loi salique, ne pouvait jamais passer à des filles. »

Il est remarquable que les trois rois, fils de Philippe le Bel, ne laissèrent chacun que des filles; et que, dans un espace de douze ans, la question du droit des filles se présenta trois fois. Philippe le Long laissa en mourant trois filles [3]; aucune ne prétendit à la couronne; et Charles le Bel succéda sans contestation à son frère; lui mort, sa fille unique,

[1] Abrégé chronolog., I, page 214.

[2] Depuis qu'il fut réuni à la couronne: car avant, c'était un fief féminin.

[3] Et même quatre si l'on croit Hénault, Jeanne, mariée à Eudes, duc de Bourgogne, morte en 1387, Marguerite, femme de Louis, comte de Flandre, morte en 1382, Isabelle, mariée à Guignes VIII, dauphin de Viennois, morte en 1345, et Blanche, religieuse, morte en 1358. C'est probablement cette dernière dont Dutillet ne tient pas compte.

Blanche, depuis femme de Philippe, duc d'Orléans, n'hérita point de la couronne; et voici, suivant Froissart, comment les choses se passèrent [1]:

« Quand le roy Charles apperçut que mourir luy convenoit, il avisa que s'il avenoit que ce fût un fils, qu'il vouloit que messire Philippe de Valois, son cousin, en fût tuteur et régent de tout son royaume, jusqu'à temps que son fils fût en âge d'être roy; et s'il advenoit que ce fût une fille, que les douze pairs et les hauts-barons de France eussent conseil et advis entre eux d'en ordonner, et donnassent le royaume à celuy qui y avoit droit par droit. Tantôt après le roy Charles mourut, et fut environ Pâques, l'an de grâce 1328.

» Ne demoura pas grandement après que la royne Jehanne accoucha d'une belle fille, et adonc les douze pairs de France et les barons s'assemblèrent à Paris au plutôt qu'ils purent, et donnèrent le royaume *d'un commun accord* à messire Philippe de Valois, et en otèrent la royne d'Angleterre et le roy, son fils, laquelle étoit demeurée sœur germaine du roy Charles, dernier trépassé, par la raison de ce qu'ils dient que le *royaume de France est de si grande noblesse, qu'il ne doit mie par succession aller à femelle.* »

Tout le monde connaît la suite de cette décision; ce fut une guerre de plus de cent ans, qui mit la France à la dernière extrémité. Le roi d'Angleterre, après avoir reconnu les droits de Philippe de Valois et lui avoir fait hommage pour le duché de Guyenne, ce qui, dans les coutumes féodales, emportait une reconnaissance absolue et désormais incontestable, se laissa séduire par les suggestions de Robert d'Artois, devenu l'ennemi mortel du roi de France, après l'avoir aidé puissamment à se faire couronner. Édouard avouait que les filles

[1] Froissart, liv. I. chap. 22.

étaient exclues du trône par la coutume (et de fait si les filles eussent été reçues à cette succession, il y avait cinq filles des trois rois frères, enfants de Philippe le Bel, qui, toutes cinq étaient plus proches héritières que la reine Isabelle, mère du roi Édouard d'Angleterre); mais il prétendait que les fils de la fille n'étaient point frappés de l'incapacité qui pesait sur la mère, et que mâle, et plus proche parent de Charles le Bel que Philippe de Valois, c'était à lui qu'appartenait la couronne; Philippe prétendait au contraire que les descendants de la fille, étaient incapables et ne pouvaient avoir plus de droits que leur mère; et en ce point, il était soutenu par tous les barons et les juriconsultes de l'époque. *Sanguis Franciæ est perpetuus*, dit Balde, écho presque contemporain, *adeò quod si extaret unus de sanguine antiquo masculus, excluderet femellam in infinitum, etiam si esset in millesimo gradu* [1].

Malgré les sanglantes journées de Crécy et de Poitiers qui coûtèrent à la France presque toute sa brave noblesse, le droit des mâles triompha, mais les prétentions des rois d'Angleterre restèrent longtemps comme un menaçant épouvantail [2]; et voici comment au quatorzième siècle, un livre célèbre composé, dit-on, par les ordres du roi Charles V, défendait encore les droits du roi de

[1] Bald. in cap. I, de Feud. masc. Coll. II. *Quod dictum est plus divinum quam aureum*, dit un ancien jurisconsulte.

[2] Dans le contrat de mariage de Marie d'Angleterre avec Louis XII, en 1514, le roi d'Angleterre renonça à toutes prétentions sur la couronne de France; néanmoins les rois d'Angleterre ont conservé jusqu'à nos jours les armes des rois de France.

France contre les attaques du roi d'Angleterre et contre les prétentions, non moins dangereuses, du mauvais roi de Navarre. Ce passage est d'autant plus curieux, qu'il résume probablement toute la discussion du siècle, et qu'il nous donne pour et contre, les arguments de l'époque qui, certainement ne seraient point les nôtres.

CHAPITRE IV.

Suite du même sujet. Défense de la coutume française au XIVe siècle.

Voici cette défense : elle est extraite du Songe de Verger[1], œuvre curieuse à plus d'un titre, et dont l'auteur se montre aussi jaloux défenseur des prérogatives de nos rois que des libertés de notre Église.

Le clerc, qui a toujours le rôle odieux dans le Songe de Verger, attaque les droits du roi de France, et voici la réponse que lui fait le chevalier, champion vigoureux des lis menacés.

« Le chevalier, avant que il réponde aux raisons de la partie adverse, fonde très clèrement l'entente et la partie du roi de France qui, à présent est, par huit raisons très évidentes, et après respond aux raisons de la partie adverse très notablement. »

« Pour la partie de notre bon roy Charles-le-Quint, nous fonderons par plusieures clères raisons et ententes, et puis après nous

[1] Le Songe de Verger, lequel parle de la disputacion du clerc et du chevalier. Paris, sans date (vers 1516). Liv. I, ch. 147.

répondrons à toutes les raisons, lesquelles vous devriez plûs frivoles appeler que raisons. Et premièrement, je vous preuve que puisque, selon la coustume, femme ne puisse succéder, par conséquent non doit son fils, car une loy dit: que qui empêche le père ou la mère à avoir aucun droit en succession doit par raison empêcher le fils, comme il est écrit *Dig. de R. J. L. in his. L. illud § fin. L. nemo plus*. Mais il est ainsi que la mère n'est habile de succéder en royaume par vertu de la coustume, par conséquent ni son fils par le moyen d'elle ne peut succéder, car l'empêchement de la mère doit le fils empêcher.

» .... De rechief, le droit qui ne fut oncques acquis ne peut pas être transporté en aultre, *C. de Cad. toll. L. un.* § 2. Mais il est certain que les mères des Rois de Navarre et d'Angleterre, si n'eurent oncques droit au royaume de France, ny aussi n'y pouvoient-elles droit acquérir, pour la coustume qui leur estoit contraire. Dites moy donc, je vous prie, comment peuvent-elles aucun droit transporter à leurs enfants, ou autres enfants d'eux? Car, comme dit une loy ; Qui n'a point de droit ne peut aucun droit transporter. *L. Qui tabern. D. de contr. Emp.* Et au décret I. q. 7. c. *Dyabertum*. Extr. *de Disp. imp. : cap. ad dissolv.*

» ..... De rechief celui qui enfeude (inféode) n'a pas seulement regard à celui à qui il baille le fief, mais aussi à toute sa lignée...., et en telles seigneuries doit le fils succéder, comme il est écrit en note au décret, *q. 7 c. 1 quam pericul*. Et en la Genèse, c. 25 et *ad Hebræos VII*, *Extra. de voto, c. licet*. Et cet aisné si doit être masle. *De feud. et qui feud. dare. poss. c. un. § hoc quoque*. J'argue donc de cette manière. C'est droit commun qu'un fils mâle succède au royaume de France approuvé, et si ne peuvent les femmes ni les filles succéder en duchiés et en toutes baronies, et par conséquent ni en royaume, comme il est écrit *de Feudis*, etc. Ceste loy doncques doit demeurer ferme et estable, puisque nous ne trouvons qu'elle soit par autre loy ou par coustume corrigée.

» . . . Et il est chose plus raisonnable pour le gouvernement du royaume et de la chose publique, que celui qui descend du côté mâle, succède au royaume que celui qui est du côté de la femme ; car mettons, par exemple, que le roy de France ait une fille ainée et un fils mainsné ; cette fille est mariée au fils du roy de Hongrie, duquel mariage est né un fils. Lequel par raison devra mieux aimer le peuple et le royaume de France, ou le fils

mainsné du roy, ou le fils de cette fille aînée? Certes, par ce qui a déjà été dit, le fils du roy et ceux qui descendent de luy, par lignée mâle. Concluons doncques que le mâle, qui descend de la couronne de France, jaçoit ce qu'il soit de plus remué et lointain dégré de la couronne qu'une femme descendante aussi de la couronne, ou son fils, devra mieux selon droit, succéder au royaume.

» De rechief bénéfice de succéder en fief si s'étend à ceux qui descendent de la lignée mâle tant seulement. *De feud et qui feud, dare poss. circà finem....* Par semblable et plus forte raison nous dirons que les masles qui descendent doivent au royaume succéder et non autres. Si le royaume de France est assigné aux mâles descendants de la couronne, il ne doit doncques pas être transporté en femme, ni ceux qui ne descendent de la lignée mâle; et par les raisons devant dites, jaçoit ce qu'il ne fût aucun de la droite lignée, on pourroit soutenir que la femme si ne pourroit succéder au royaume ni son fils aussi.

» De rechief un royaume semble être de la nature d'un fief paternel ou ancien, lequel fief si est de telle nature qu'il ne peut être acquis fors à ceux seulement qui descendent de la lignée mâle, et ne peut être aucunement transporté en femme, comme il est écrit *de Grad. succ.* § 1 *et arg.* ff. *de interd. et releg. l.* 2 ff. *de senat. L. emancip.* § ult. *de jure pat*, *L. div. frat.*

» Or, il est temps doncques de répondre aux raisons de la partie adverse. Et premièrement à la première raison qui parle des filles Saphat, lesquelles représentèrent sa personne quant à la succession, je vous réponds que Saphat était un pauvre homme, lequel cueillit le bois le jour du sabbat et mourut en péché; et si n'appert pas aussi qu'il eût aucun hoir mâle. Et outre ce estoit bien raison que les filles deussent succéder à leur père, car c'étoit droit commun, *In auth. leg. C. de suis et leg.* excepté ès royaumes, en duchés, comtés et baronnies comme il est escript *in cap. Imperialem* § *præterea ducatus*. Et ainsi doncques vous ne me debvez plus faire de feste de vos filles de Saphat.

» Et de rechief, selon la loy morale, au gouvernement du peuple et conseiller la chose publique, le meilleur et le plus constant doit être élu, comme il est écrit au décret. *q.* 8. *c. licet.* Or est certain que femme de sa nature est inconstante. Et pour ce disoit un versifieur :

Quid vento levius? Quid muliere nihil. (1)

» Il n'est chose plus légère à muer et à tourner que courage de femme.

» Et entre les mauvaises conditions que les femmes ont, je trouve en droit [2] qu'elles ont neuf mauvaises conditions.

» Premièrement, une femme, de sa propre nature, procure son dommage comme il est écrit en la loy *Cod. de spons. L. 4.*

» Secondement, les femmes de leur propre nature si sont très-avares, *C. de don. ant. nupt. L. si a sponso.*

» Tiercement, leurs volontés si sont très-soudaines. *C. de inoff. Test. L. filia.*

» Quartement, femmes de leur propre volonté sont mauvaises. *D. de off. proc. et leg. L. observ.*

» Quintement elles sont jongleresses de leur propre nature, *L. 1. § sexum D. de Postul.* qui parle d'une femme, laquelle étoit appelée Calphurnia à laquelle la babillée pourroit assez être comparée.

» De rechief femmes sont réputées d'être fausses, et pourtant selon droit civil, une femme ne peut pas être reçue en témoin au testament. *Inst. de Testam. § Testes.*

» De rechief une femme fait toujours le contraire de ce qu'on luy commande faire, *juxta illud :*

Semper prompta rei quæ prohibetur ei. Ext. *de mat. cont. int.*

» De rechief les femmes si allèguent volontiers et racontent leur propre vitupère et honte. Extra. *de divor.* cap. *ex litteris.*

» De rechief elles sont cautes et malicieuses, et pour ce dit une loy que chacun doit être content s'il peut départir de leur contraire, sans perte et sans gain. *De jure dotium* L. *quoties* in fine. Et

[1] Chasseneuz, Cout. de Bourg. III. § 5. n° 29, donne les vers suivants :

Quid levius fumo? Flamen. Quid flamine? Ventus.
Quid vento? Mulier. Quid muliere? nihil.

[2] *En droit.* C'est-à-dire *en droit Romain.* Ces neuf mauvaises conditions sont un lieu commun fort usite parmi les jurisconsultes du moyen âge ; c'était la croyance commune de l'époque ! C'est en ce point que ce passage de mauvais goût est curieux.

pourtant Monseigneur saint Augustin disoit que femme *est instabilis bestia*, *amabilis odium*, *viri confusio*, *fomentum sceleris*, *et ad omne scelus causam inveniens*. Femme est une beste qui n'est pas ferme ni estable, elle est hayneuse à la confusion de son mari, elle est nourrissante de mauvaiseté, et si est commencement de tous plaids et de toutes tensons, et si trouve voye et chemin de toute iniquité.

» Je ne dis pas toutefois qu'il ne soit aucune bonne femme, mais elles sont clères semées, et pour ce dit une loy qu'on ne doit point faire une loy de bonnes femmes, car loy se doit faire des choses qui adviennent communément, comme il est écrit in *Auth. sine prohib.* § *quia vero*, *et* L. *nam ad ea* D. *de legib.*

Puis doncques que femme sont de telles conditions, il s'en suit que les femmes ne doivent être préférées aux hommes, quant au gouvernement du royaume. Et selon le philosophe, les femmes ne doivent pas être prises au gouvernement de la chose publique et leurs conditions répugnent à toute bonne police du gouvernement de la chose publique, à quoi s'accorde assez la loi *feminæ de R. J.*; car plusieurs choses appartiennent au gouvernement de la chose publique desquelles les femmes ne se doivent entremettre. Et selon droit commun, la femme ne doit pas être juge. L. *cum pater D. de judic.*

» Et si nous avons très-notable exemple de la benoite vierge Marie, laquelle jaçoit ce qu'elle soit prochaine de son benoit fils plus que nul des apôtres, toutefois elle ne lui succède pas au gouvernement espirituel du peuple, mais baille les clefs à saint Pierre, et si ne jugera pas au jour du jugement avec notre sauveur J. C.; mais les apôtres jugeront les pécheurs avec notre seigneur au jour du jugement.

» Et qu'une femme ne puisse succéder en un royaume, il appert IV. *Regum. Cap.* 5.; et si dit l'apôtre : *Estote subditi regi præcellenti*, *etc.* Soyez sujet au roy comme au plus excellent, il ne dit pas : Soyez sujet a la royne. Et aussi selon droit, les femmes ne doivent pas enseigner, juger ni prescher. »

Cette défense qui nous paraît aujourd'hui puérile et misérable, passait pour sérieuse il y a quatre siècles, et c'est avec des arguments de cette espèce que les

champions des deux partis joutaient de bonne foi; encore notre chevalier oublie-t-il un des plus beaux arguments de l'époque, c'est cette parole de l'Évangile, qui apparemment avait deviné les armes futures des rois de France, *les lis ne filent point*, preuve évidente que le royaume de France ne devait pas tomber en quenouille.

Laissant de côté ce badinage, je remarque que, dans toute sa défense, le chevalier ne dit pas un mot de la loi salique, tandis qu'au seizième siècle, tous les défenseurs de la royauté mettent en avant cette loi célèbre; je conclus donc que ce ne fut guère qu'au quinzième siècle qu'on fit jouer ce ressort; la tradition qui attribue à Seyssel la production de ce nouveau moyen, paraît donc réellement fondée [1].

[1] Suivant Hénault, Abrégé Chron., I, p. 232, Édouard III nommait Philippe de Valois l'auteur véritable de *la loi salique*, parce qu'il avait mis un impôt sur le sel. Si cette anecdote était vraie, elle reculerait la première apparition de cette dénomination. — Bodin, Républ. VI, c. 5, dit comme Hénault : « Et pour néant le Parlement des Pairs de France eût donné son arrêt contre Philippe de Valois et le roy d'Angleterre par lequel il fut dit qu'il ne se pourroit aider d'autre loy ni coutume que de la loi salique, s'il n'y eût point eu de loi salique. »

CHAPITRE V.

Suite du même sujet.

En dehors de cette grande querelle, je ne vois point que la succession des filles au trône ait été le sujet d'une autre guerre avec les Anglais; car il ne faut pas considérer comme guerre de succession celle que nous fit Henri V, et qui nous fut si fatale. On avait arraché à l'insensé Charles VI l'exhérédation du Dauphin, depuis Charles VII, et on lui avait fait donner en dot à sa fille Catherine, femme du roi d'Angleterre, ce qu'il ne pouvait donner, le royaume de France; mais cette violation de la loi nationale n'avait pour elle que le droit du plus fort; et déshériter le Dauphin en faveur de sa sœur, c'était reconnaître évidemment que la coutume était pour lui.

Quand l'étranger ne vint pas se mêler de nos affaires, la succession au trône ne fut jamais un sujet de trouble, ni de guerre civile; Louis XII succéda sans difficulté à la couronne, et cependant il restait deux filles de Louis XI, Mesdames Anne et Jeanne de France, sœurs du roi Charles VIII. François Ier prit la couronne de son chef, non de par sa femme la reine Claude, fille aînée de Louis XII; Claude, non plus que sa sœur Rénée, duchesse de Ferrare, non plus que la fille de Charles IX, ne prétendirent

jamais aucun droit à cette dignité, dont les excluait une coutume immémoriale.

Le droit des mâles était donc incontestable, et il fallut toutes les agitations d'une guerre civile, les intrigues de l'Espagnol et l'ambition des Guises, pour qu'on espérât pervertir l'esprit public et amener les Français égarés à repousser du trône Henri IV, le légitime souverain, et à le remplacer par une archiduchesse.

La question de la loi salique remise en jeu dès le règne de Henri III, nos jurisconsultes ne firent faute d'entrer dans la lice; les deux plus rudes jouteurs furent deux frères, Antoine et François Hotmann; le premier, dans son *Traité de la loi salique*, publié en 1593, nous a laissé un historique fort exact de toutes les contestations auxquelles a donné lieu le droit prétendu des filles. Le second, dans un ouvrage célèbre publié vingt ans plus tôt [1], avait déjà examiné en jurisconsulte non moins qu'en historien, ce difficile sujet de la loi salique, et l'on peut considérer son opinion comme le résumé le plus parfait de la question.

« La loi salique, dit-il, ne parle que des successions particulières et non de la succession au trône ; mais quoi qu'il en soit, et malgré que nul titre ne parle de l'exclusion des femmes quand il s'agit du trône, il est constant que la coutume nationale a toujours exclu les femmes, et cette coutume, confirmée par décisions contradictoires, vaut bien une loi écrite [2]..... Davantage, les conseil-

[1] Genève, 1573. Franco-Gallia Franc. Hotomanni Jurisc. celeberrimi.

[2] Jérôme Bignon a dit, presqu'en mêmes termes : « Qu'il faut bien que ce soit un droit de grande autorité, quand on l'a observé

lers de Philippe de Valois auraient eu bien plus beau jeu à prendre leurs arguments de la loi féodale [1]; car la loi féodale n'admet à la succession que les descendants mâles, et repousse les femmes. Quand les mâles viennent à manquer dans la ligne où est le fief, alors le fief passe dans une autre ligne, et c'est ce qui arrivait par la mort de Charles-le-Bel. Quant aux fiefs dévolus aux femmes par une suite de la corruption des lois, nous avons déjà dit dans un traité spécial, qu'ils n'étaient point vrais fiefs et ne devaient point porter ce nom (*ea non propriè feuda, sed potiùs feudastra appellanda*) [2]. »

Cette exclusion des femmes était tellement constante que, malgré toutes les intrigues de l'étranger, le Parlement se montra inébranlable. L'arrêt du lundi 28 juin 1593, fut le coup de mort pour l'Espagnol, et valut à Henri IV plus qu'une victoire; nos jurisconsultes eurent la gloire d'empêcher notre pays de devenir une province de cette monarchie qui menaçait d'absorber l'Europe. Voici cet arrêt doublement remarquable et par son importance politique, et parce qu'il se fonde précisément *sur la loi salique*.

Arrêt de la loy salique, du lundy 28 Juin 1593 [3] :

« Sur les remontrances ci devant faites à la cour par le Procureur général du Roy, et la matière mise en délibération, la Cour, toutes les chambres d'icelle assemblées, n'ayant, comme elle n'a jamais eu autre intention que de maintenir la religion catholique, apostolique et romaine, et l'estat et couronne de France, sous la protection d'un roy très chrétien, apostolique et françois,

« A ordonné et ordonne que remontrances seront faites cette

si éttroitement qu'il n'a point été nécessaire d'en rédiger une loi par écrit. » (De l'Excellence des Rois et du royaume de France, p. 286.)

[1] C'est ce qu'ils firent, comme on en peut juger par le Songe de Vergier.

[2] Franco — Gall., liv. I, c. 10, in fine.

[3] Bouchel, Trésor du Droit franç. V° salique (Loy).

après dînée par Monsieur le Président Le Maistre, assisté d'un bon nombre de Conseillers de la dite cour, à monseigneur le duc de Mayenne, lieutenant général de l'État et couronne de France, en présence des princes et officiers de la couronne estans de présent en cette ville, à ce qu'aucun traité ne se fasse pour transférer la couronne en la maison de prince ou princesse étrangère : que les lois fondamentales de ce royaume seront gardées, et les arrêts donnés par la dite Cour pour la déclaration d'un roy catholique et françois exécutés, et qu'il ait à employer l'authorité qui lui a été commise, pour empêcher que, sous prétexte de la religion, la couronne ne soit transférée en la main estrangère, contre les lois du royaume, et pourvoir le plus promptement que faire se pourra, au repos du peuple, pour l'extrême nécessité en laquelle il est réduit.

« Et néanmoins, dès à présent, a la dite cour déclaré et déclare tous traictés faits ou à faire cy après pour l'établissement de prince ou princesse étrangère nuls, et de nul effet et valeur, *comme faits au préjudice de la loy salique, et autres loix fondamentales du royaume.* »

L'arrêt du parlement, la satire Menippée et l'abjuration du roi, trois faits qui se succédèrent en moins d'une année, ruinèrent les prétentions espagnoles, et ne laissèrent même plus de prétexte à constester les droits de Henri IV, qui du reste, était aussi bien le plus proche héritier du trône par les femmes [1] que par les mâles.

Depuis lors, la loi salique, ou pour mieux dire la coutume salique, n'a jamais été mise en doute; et, aujourd'hui, elle fait partie de notre droit politique. Du reste, c'est justice d'observer une loi, qui, plus que toute autre, a contribué à la grandeur de notre monarchie. Deux grands principes, la loi salique et

[1] Laurent Bouchel, Trésor du droit françois. V° Loy salique.

l'inaliénabilité du domaine, ont fait la fortune de nos rois. En vertu de la loi salique, la couronne n'a jamais passé en main étrangère, et sans elle, la France serait devenue quelque province annexe de l'Angleterre ou de l'Espagne; en vertu de l'inaliénabilité du domaine, toute conquête faite par traités ou mariages, ne s'est plus jamais détachée de la couronne; de là, par une conséquence heureuse, nos rois, en se mariant ou en mariant leurs fils à des héritières féodales, ont acquis, plus sûrement que par les armes, des pays qui, faute d'une loi salique, ont perdu leur indépendance, et, une fois réunis à la France, n'ont plus fait avec elle qu'une seule et même nation. Le Languedoc, la Bretagne et d'autres riches provinces, ont ainsi été réunies à la France, et le tableau que nous allons soumettre au lecteur, lui montrera plus clairement que tout ce que nous pourrions dire, comment la France s'est enrichie par des mariages, sans jamais s'appauvrir, grâce à la loi salique et à l'inaliénabilité du domaine, deux principes qui nous doivent être d'autant plus chers, qu'ils ont fondé l'unité nationale.

CHAPITRE VI.

Succession des grands fiefs de France.

Il ne peut entrer dans notre plan de donner le détail infini du droit de succession dans les principaux fiefs de France; il faudrait plusieurs volumes

pour examiner des contestations sans aucune importance historique. Un simple tableau suffira pour donner une idée à peu près exacte des principaux fiefs féminins et masculins; nous le ferons suivre de quelques réflexions sur les réunions les plus intéressantes.

TABLEAU DES GRANDS FIEFS

DONT LA RÉUNION A FORMÉ LA MONARCHIE FRANÇAISE.

I. ILE DE FRANCE.	Premier royaume de la monarchie, duchés d'Orléans et de Paris.	Fiefs masculins ou Saliques.
II. GOUVERNEMENT DE PICARDIE.	VERMANDOIS, VALOIS.— Adèle 1077. En 1164 une autre femme, Elisabeth, donne à Philippe d'Alsace, comte d'Alsace, son mari, les deux provinces d'Amiennois et de Vermandois; mais Eléonore, comtesse de Valois, sœur d'Elisabeth, réclame contre cette donation, et cède ses droits à Philippe Auguste qui, après une victoire, réunit les deux provinces à sa couronne en 1215.	Fief féminin où la sœur hérite de la sœur.
	PONTHIEU. — Agnès, 1080. Marie, 1220. Jeanne, 1250. Eléonore, 1282, porte le Ponthieu aux Anglais, par son mariage avec Edouard I. roi d'Angleterre et leur fait ainsi, avec la Guyenne, un second établissement en France. Réunion à la couronne par suite de confiscation en 1380.	Fief féminin où les filles et les sœurs succèdent.
	COMTÉ DE BOULOGNE.—Mahaut, 1115. Marie, 1160. Ida, 1173. Mahaut, 1210. Jeanne, 1245. Marie et Alix de Brabant, héritent par testament de Mahaut. Sept femmes s'entresuccèdent. Réuni par échange en 1477.	Fief féminin.
	COMTÉ DE CALAIS —Possession anglaise réunie par conquête en 1558.	Fief féminin.
	PRINCIPAUTÉ DE SEDAN. — Charlotte de la Marck, 1588.	Fief féminin

III. ORLÉANAIS.	DUCHÉ D'ORLÉANS. — Apanage qui a suivi la loi de la couronne.	Fief salique.
	ANJOU. — Point de filles héritières jusqu'à la première réunion en 1203; depuis, ce fut un apanage, et Louis XI le réunit à la couronne en 1434; Réné, le dernier duc, n'ayant point laissé d'héritiers agnats.	Fief salique.
	MAINE. — Sibile 1110, épouse Foulques, comte d'Anjou.	Fief féminin jusqu'à sa réunion à l'Anjou.
	BLAISOIS, CHARTRES ET TOURAINE. — Marie d'Avenes, 1218. Jeanne, 1254; réunis en 1391 au duché d'Orléans.	Fief féminin jusqu'à sa réunion à l'Orléanais.
	DUNOIS. — Mélisende, 1010. Clémence, 1220. Alix, sa fille, 1250. Alix de Clermont, 1302. Marguerite, 1360. Renée, 1512. Marie, 1694.	Fief féminin.
	NIVERNAIS. — Agnès, 1181, sœur de Guillaume VII. Mahaut, 1192. Mahaut II, 1210. Iolande, 1262. Marguerite, 1382, porte à Philippe-le-Hardi, duc de Bourgogne, les comtés de Flandre et de Nevers, qu'elle recueille dans la succession de son père, et les comtés de Bourgogne et d'Artois, qu'elle reçoit dans la succession de son aïeule. Marguerite-Henriette, 1564.	Fief féminin.
	BERRY. — Point de filles héritières jusqu'à la première réunion en 1094; depuis apanage. VENDÔMOIS. — Adèle d'Anjou, 1080. Jeanne, 1373. Sa tante Catherine lui succède en 1374.	Fief féminin.
IV. NORMANDIE.	DUCHÉ DE NORMANDIE. — Mathilde, 1135; depuis la réunion de 1204, la Normandie fut un apanage.	Fief féminin jusqu'à la réunion.
	COMTÉ D'EVREUX. — Point de filles, jusqu'à la réunion au domaine en 1200; depuis lors, apanage. PERCHE. — Point de filles, jusqu'en 1240; à cette époque, Jacques, seigneur de Château-Gontier, se prétend héritier du comté par les filles; mais il transige et cède ses droits à St. Louis qui prétendait la réunion.	Fiefs réunis sans que des filles aient succédé.
	ALENÇON. — Mabille, 1040. Elise, 1190, vend son comté à Philippe Auguste.	Fief féminin.

V. CHAMPAGNE.	CHAMPAGNE. — En 988, Herbert succède de préférence à sa mère Hermengarde ; en 1192 Thibaut III s'empare du comté au préjudice de ses deux nièces ; Erard de Brienne, qui avait épousé une de ces deux héritières, réclama le comté lors de l'avénement de Thibaut IV, mais il fut repoussé par un moyen de forme ; 1274, Jeanne hérite de la Champagne qui fut ainsi réunie au domaine par le mariage de Jeanne et de Philippe-le-Bel. A la mort de Louis-le-Hutin, sa fille nommée aussi Jeanne réclama la Navarre et le comté de Champagne comme fiefs féminins ; la Navarre, qui était un royaume indépendant, lui fut accordée, mais quant à la Champagne, Philippe-de-Valois prétendit qu'il y avait droit de masculinité, depuis que Thibaut III avait succédé au préjudice de ses nièces, et que, d'ailleurs, la Champagne, incorporée au domaine, depuis 1284, ne pouvait plus en être détachée. Tout finit par une transaction, et la reine de Navarre accepta l'Angoumois en échange de la Champagne et de la Brie qui restèrent à la couronne comme un de ses plus beaux fleurons.	Fief féminin dans l'origine.
VI. BOURGOGNE.	DUCHÉ DE BOURGOGNE. Hermengarde, 952. Leutgarde, 955. Le duché, réuni à la couronne en 1002, fut depuis régi par la coutume salique.	Fief féminin jusqu'à la réunion.
	COMTÉ DE TONNERRE. — Hermengarde, 1032. Agnès de Nevers, 1191. Mahaut de Nevers, 1192. Mahaut II, 1250. Marguerite, 1262. Alix, 1262.	Fief féminin.
	COMTÉ DE SÉMUR. — Helvis, 1257.	Fief féminin.
	COMTÉ DE SENS. — Le droit des filles fut contesté en 1015, et le Sénonois réuni à la couronne.	
	COMTÉ DE MACON. — Attalane, 905. Gerberge, sœur d'Albéric, 955. Alix, 1223, vend le comté à la couronne.	Fief féminin.
	COMTÉ DE DIJON. — Point de filles héritières jus-	

VI. BOURGOGNE.	qu'à la réunion au duché de Bourgogne en 1082.	
	COMTÉ DE CHALONS. — Adélaïde, 988. Béatrix, 1202. Béatrix, 1269.	Fief féminin.
	COMTÉ DE CHAROLAIS, Béatrix, 1316.	Fief féminin.
VII. BRETAGNE.	DUCHÉ DE BRETAGNE. — Berthe, 1148. Constance, la mère d'Arthur, 1171. Alix, 1213. Jeanne-la Boiteuse., femme de Charles de Blois, 1341. Et enfin Anne de Bretagne, dont l'union avec deux de nos rois assura à la France la possession de cette puissante frontière.	Fief féminin.
VIII. DUCHÉ DE GUYENNE.	DUCHÉ DE GUIENNE. — Éléonore, 1137, femme de Louis-le-Jeune, et qui, séparée du Roi de France pour cause de parenté, alla porter à Henri, duc de Normandie, depuis roi d'Angleterre, une dot qui devait nous coûter si cher.	Fief féminin.
	DUCHÉ DE GASCOGNE. — Point de filles héritières jusqu'en 1069, époque de la réunion au duché de Guyenne. COMTÉ DE FOIX. — Isabelle, 1398; son droit fut contesté par le roi de France, qui cependant finit par accorder l'investiture à la comtesse Catherine, 1482, qui épousa Jean d'Albret. VICOMTÉ DE BÉARN. — Guiscarde, 1134, succède à son frère Centulle; Marie de Gavaret, 1170, succède à son frère Gaston IV. Marguerite, 1290, femme de Roger Bernard comte de Foix.	Fief féminin.
	COMTÉ D'ALBRET ET D'ARMAGNAC. — Marthe, 1265. Isabelle, sa sœur, 1270. Jeanne d'Albret, 1555, mère de Henri IV.	Fief féminin.
	Elle avait aussi hérité du comté d'Armagnac.	Fief féminin.
	COMTÉ DE BIGORRE. — Béatrix, 1080. Béatrix II, 1138. Stéfanie, 1187. Pétronille, 1199. Laure, 1233, dont les droits furent contestés par quatre femmes qui se prétendaient héritières. Pendant ces dissensions, Philippe-le-Bel, du chef de sa femme, se fit	Fief féminin.

Région	Fief	Condition
VIII. DUCHÉ DE GUYENNE.	adjuger le sequestre, et comme sequestre et comme souverain, s'empara du comté.	Fief féminin.
	COMTÉ D'ANGOULÊME. — Isabelle, 1218. Depuis sa réunion à la couronne, en 1307, l'Angoûmois suivit la condition des apanages.	
	COMTÉ DE PÉRIGORD. — Emma, 930. Marguerite, 1355. Éléonore, sœur d'Archambaud, renonça à ses droits en faveur de Louis duc d'Orléans en 1395. Françoise, comtesse de Périgord, porta ce fief dans la maison d'Albret, par son mariage avec Alain Ier, vers 1456.	Fief féminin.
	COMTÉ DE LIMOSIN. — Elle y porta également le comté de Limosin, auquel des femmes avaient déjà succédé plusieurs fois (Brunisinde en 1125, Marie en 1260, Jeanne-la-Boiteuse en 1331).	Fief féminin.
	COMTÉ DE COMMINGES.—Comtés de Comminges, de Fezenzac, d'Astarac, de Pardiac, de Rouergues, de Turenne.	Fiefs fémin.
	COMTÉ D'AUVERGNE. — Jeanne I, 1332. Jeanne II, 1380. Marie, en 1424, succède à Jeanne sa cousine germaine. Anne, 1501. Catherine de Médicis, 1524, comme héritière instituée par Anne, sa tante. Marguerite de Valois, 1606.	Fief féminin.
	DAUPHINÉ D'AUVERGNE. — Jeanne, 1480. En 1510, Louise de Savoie se fit adjuger la succession de Suzanne de Bourbon, du chef de Marguerite de Bourbon, tante de Suzanne. Dans cette succession se trouva le Dauphiné d'Auvergne que François Ier réunit à la couronne en 1531.	Fief fémin.
IX. LANGUEDOC.	COMTÉ DE TOULOUSE. — Jeanne, mariée en 1241, au comte de Poitiers, frère de saint Louis; par le contrat de mariage, il fut stipulé que si la comtesse mourait sans enfants, ses états consistant dans le marquisat de Provence, et le comté de Toulouse, seraient réunis à la couronne; c'est ce qui arriva en 1272 après la mort de la princesse.	Fiefs fémin.
	COMTÉS DE CARCASSONNE.—Comtés de Carcassonne, Béziers et Nîmes; comté de Montpellier.	Fief féminin.

X. LYONNAIS.	COMTÉ DE LYONNAIS ET FOREZ. — Ida, Raymonde, en 1107.	Fief féminin.
	BEAUJOLAIS. — Isabeau, 1265.	Fief féminin.
	BOURBONNAIS.—Mahaut Ier, 1171. Mahaut II, 1249. Agnès, 1262. Béatrix, 1283. Suzanne de Bourbon, 1503.	Fief féminin.
	COMTÉ DE LA MARCHE.—Eléonore de Bourbon, 1417. Suzanne de Bourbon, 1503.	Fief féminin.
	BRESSE. — Marguerite, 1220. Sibylle, 1268.	Fief fémin.
XI. DAUPHINÉ.	VIENNOIS. — Stéphanie, 1060. Alix, 1223. Béatrix, 1255.	Fief fémin.
	DAUPHINÉ — Béatrix, 1162. Anne, 1281.	Fief fémin.
XII. PROVENCE.	COMTÉ DE PROVENCE. — Gerberge, 1081. Douce, 1108. Douce II, 1160. Béatrix qui apporta la Provence à Charles d'Anjou, en 1245; Jeanne, comtesse de Provence et reine de Sicile, en 1343.	Fief fémin.
	ORANGE. — Marie de Baux, en 1393; mais malgré ce précédent, Louis XIV fit réunir Orange à la couronne en 1700; le dernier possesseur étant mort sans laisser d'hoirs mâles.	Fief fémin.
	COMTÉ DE MARSEILLE. — Alix, 1200. Ce fut elle qui vendit une portion de la vicomté aux consuls, moyennant 80,000 sols couronnés; une autre femme, Sibylle, leur vendit en 1230 ce qui pouvait lui rester de droits seigneuriaux sur le comté.	Fief fémin

CONQUÊTES DE LOUIS XIV.

FLANDRE ET ARTOIS.	FLANDRE. — Marguerite, 1180, succède à Philippe, son frère. Jeanne, 1206. Marguerite, sa sœur, 1244. Marguerite III, 1382, qui, avec sa dot, fit la fortune de la maison de Bourgogne; Marie, qui porta à l'empereur Maximilien l'Artois, la Flandre, la Bourgogne et le Charolais; Isabelle en 1598.	Fief féminin.
	ARTOIS. — Mahaut, 1302. Jeanne I, 1329. Jeanne II, en 1330. Marguerite I, en 1361; Marguerite II, en 1382. Marie de Bourgogne, en 1477.	Fief féminin.

FRANCHE-COMTÉ.	FRANCHE-COMTÉ —Geberge, 955. Béatrix, 1148. Béatrix II, en 1200. Alix, 1248. Jeanne I, en 1314. Jeanne II, en 1329. Marguerite I, en 1361. Marguerite II, en 1382. Marie, en 1477.	Fief féminin
LORRAINE.	LORRAINE.—Isabelle, en 1430. Iolande, en 1473.	Fief féminin.
	DUCHÉ DE BAR. — Sophie, 1048.	Fief fémin.

Ce tableau nous donne plusieurs résultats remarquables : Et d'abord, il est fort singulier que hormis l'Ile de France, ancien domaine de nos rois, les femmes aient été universellement admises à la succession des fiefs ; et cela, dès le dixième siècle, c'est-à-dire dès l'origine des fiefs. La *loi Salique* ne serait donc que la loi des fiefs composant l'ancien domaine des rois de France, et n'aurait rien de commun avec la loi salique que nous possédons ; car le principal territoire de cette dernière loi salique fut certainement la Belgique, où cependant les femmes ont toujours succédé sans difficulté.

Une seconde observation non moins précieuse ; c'est que ce sont des femmes qui, en portant dans des mains étrangères les seigneuries de notre territoire, ont fait la grandeur des deux plus redoutables ennemis que la France ait jamais eus, l'Angleterre et la maison d'Autriche. Eléonore de Guyenne assura la supériorité anglaise en rendant son mari maître du duché de Guyenne et du comté de Ponthieu, deux provinces maritimes, à la portée des vaisseaux anglais, et qui, par le nord et par l'ouest, laissaient deux brèches toujours ouvertes à l'invasion de l'ennemi. Marie de Bourgogne fit la fortune de la maison d'Autriche, quand elle apporta

pour dot à Maximilien les plus riches provinces de la monarchie, la Flandre, l'Artois, la Bourgogne, le Charolais. Ces provinces, entre les mains de Charles-Quint qui nous serrait par le Roussillon et l'Italie, enfermèrent la France comme dans un réseau, jusqu'à ce que Richelieu, fidèle exécuteur de la pensée d'Henri IV, eût brisé ce colosse qui menaçait l'Europe.

Enfin, si la succession des femmes fut plusieurs fois une cause de ruine et de guerre pour la monarchie; plusieurs fois aussi cette succession fut une source de grandeurs et de prospérités. La Navarre, la Champagne, l'Auvergne, le comté de Toulouse et enfin la Bretagne, sont venues à nos rois soit par mariage, soit par succession. La Bretagne surtout, cette belle frontière, la dernière province indépendante de la monarchie, nous fut acquise par l'heureux mariage de Charles VIII avec Anne de Bretagne, au moment où cette princesse allait épouser le roi des Romains[1]; Louis XII répudia Jeanne de France pour épouser la veuve de son prédécesseur, jaloux de ne laisser échapper un si noble fleuron de sa couronne; et François Ier eut bien soin de se faire donner par Claude, sa femme, ce duché, qui avait été si longtemps un sujet d'ambition pour nos rois[2]. La

[1] Voy. de curieux détails à ce sujet, dans Sauvageau, Cout. de Bret., t. II, p. 266.

[2] Lettres de Marguerite de Valois, p. 166. « Et pour la fin faire conclusion suivant le cours de sa vie, elle a remis toutes ordonnances de son testament en la main de son seul très aymé mari, le faict son exécuteur, lui donnant la duché de Bretaigne,

Bretagne entre des mains étrangères, c'était un avant-poste anglais sur le territoire de la France, car dans toute querelle avec la France, c'était de l'Angleterre seule que ce coin de terre isolé pouvait espérer quelque secours, et nos voisins ont toujours été prêts à soutenir toute puissance qui, sans leur porter ombrage, pouvait nous inquiéter.

CHAPITRE VII.

Succession des femmes dans les royaumes et principautés d'Allemagne.

L'Allemagne, à l'origine, suivit la coutume générale; les femmes exclues de la succession féodale quand elles concouraient avec des mâles en même degré, furent admises quand elles concoururent avec des mâles plus éloignés d'un degré. Les exemples de ces successions sont si nombreux, que dans le dernier siècle, Senckenberg ne craignait pas d'affirmer qu'il n'y avait en Allemagne, principauté, comté, ni seigneurie où les filles n'eussent été appelées à succéder [1].

Et de fait, si nous voulons nous reporter au ta-

et après sa mort à son fils aîné, pour perpétuer union en ce royaume. »

[1] Nullum Germaniæ principatum, nullum comitatum, nullum dominium liberum dari assererem ubi filiæ non aliquando successerunt. Senck., Medit., t. IV, Medit. I. Pfeffinger-Vitriarius, I, 402.

bleau du chapitre précédent, nous verrons la succession féminine admise sans contestation dans toutes les provinces françaises qui ont fait partie de l'empire, la Bourgogne, la Lorraine[1], la Flandre, et nous en pouvons dire autant de l'Alsace, du Palatinat, de la Bavière, de la Saxe et de l'Autriche. Ce droit des filles est hautement proclamé dans le treizième siècle par Philippe, roi des Romains[2], et quand nous n'aurions pas cette déclaration authentique, il suffirait de jeter les yeux sur une histoire d'Allemagne, pour voir combien a été fréquente la succession des filles, et comment par suite de ces successions, les différentes principautés se sont mêlées, séparées, ou ont passé d'une maison dans l'autre. Les maisons des Zaehringen, des Hohenstauffen, des Guelfes, présentent plusieurs de ces illustres exemples. Ainsi, pour ne parler que des Empereurs, ce fut par des mariages que la maison de Hohenstauffen étendit sa puissance[3]; Henri VII devint roi de Sicile, par son union avec Constance, fille du roi Roger, sœur et héritière du roi Guillaume, son frère; il y avait cependant des mâles qui se présentaient à la suc-

[1] *Voy.* à ce sujet, Mém. de Charles IV, p. 2 et 4. Chifflet, Lotharingia Masculina, c. 1, p. 6. Chantereau Lefèvre, De l'Origine des Fiefs, p. 54.

[2] Dans l'acte de mariage de sa fille avec le fils du duc de Brabant, Philippe s'exprime ainsi : « Dominus Philippus gloriosissimus romanorum rex, semper Augustus, unam de filiabus suis dedit in matrimonio filio ducis Brabantiæ, *et illa filia succedet in hæreditatem paternam, cum aliis filiabus domini regis, secundum jus et consuetudinem Theutoniæ.* » Cet acte, de l'an 1207, est dans le Corpus Juris feudalis de Senckenberg, p. 545.

[3] *Voy.* Imhof. Notit. Procer., lib. IV, c. 1, § 7.

cession, mais ils étaient plus éloignés en degré[1]. Louis IV dut à sa femme Marguerite de Hollande, de posséder une des belles parties des Pays-Bas; Albert II d'Autriche, fit la fortune de sa race en épousant la fille de l'empereur Sigismond, riche héritière des plus importantes seigneuries. Je ne dis rien du mariage de Maximilien, mariage qui, *de pauvre prince empêché qu'il était*, en fit le premier auteur de cette puissante maison d'Autriche, qui dut sa grandeur à deux femmes, Marie de Bourgogne et Jeanne de Castille.

Bella gerant alii, tu, felix Austria, nube;
Nam quæ Mars aliis, dat tibi regna Venus[2].

Ces deux vers, de quelque *poeta cesareo* du seizième siècle[3], sont d'une parfaite vérité; le bonheur de la maison d'Autriche était devenu proverbial, et au dernier siècle, un jurisconsulte allemand expliquait par la prospérité de ces unions, le perpétuel maintien de la dignité impériale dans la même famille[4].

Il serait aisé de multiplier les exemples de ces successions féminines[5], si le résultat n'était d'un médiocre intérêt historique; pour la Saxe, par exemple,

[1] Struvius. Corpus Hist. germ., p. 426.

[2] Le second vers est quelquefois ainsi rédigé : « Quod Mavors aliis, dat tibi amica Venus. »

[3] Quelques auteurs les attribuent à Mathias Corvin.

[4] Pfeffinger. Vitriarius illustratus. T. I, p. 793.

[5] Reyscher a réuni un grand nombre de ces exemples dans ses Recherches sur le droit de succession des filles nobles. Zeitschrift fur Deutsches Recht., T. VI, p. 233 et ss.

nous savons comment Henri-le-Superbe, en devint seigneur par son mariage avec Gertrude, fille de l'empereur Lothaire[1]; ses droits furent, il est vrai, contestés par Albert l'Ours, et un édit de l'empereur Conrad III, rendu à Gozlar, donna raison au prince Albert, mais de fait la province resta dans la maison de Henri; le duché de Brunswick-Lunébourg passa également par les femmes entre les mains des Guelphes[2]. Le Palatinat fut envahi en 1685 par Louis XIV, qui revendiquait, les armes à la main, les droits de la princesse Palatine, femme du duc d'Orléans; la Bavière eut aussi sa guerre de succession; je ne finirais pas si je voulais énumérer toutes les dissensions soulevées par la succession des femmes, car il serait presque vrai de dire, qu'en Allemagne, jamais une femme n'a succédé à quelque principauté, sans qu'un procès ou une guerre n'aient immédiatement suivi. Je me contenterai donc d'insister sur deux successions qui, par les luttes qu'elles ont occasionnées, ont eu en Europe un grand rententissement, je veux parler de la succession de Clèves et de Juliers, et de la succession d'Autriche. Mais avant, je finirai ce chapitre par une importante réflexion.

A voir des exemples si fréquents de femmes qui succèdent soit aux principautés d'Allemagne, soit aux grands fiefs de France, on serait tenté de croire

[1] Senckenberg. De Successione filiarum in regnis et in principatibus, § 87. — Monach. Weingart, Cap. XII, p. 787.

[2] Pfeffinger. Vitriar. III., T. II, p. 130 et ss. Et une dissertation intitulée : De Feminarum illustrium in feuda imperii successione, publiée par Zepernick, dans ses Analecta Juris feud., t. II, p. 245 et suiv.

que cette succession était de droit commun, et que les contestations des héritiers mâles n'avaient pour cause véritable que l'ambition, et l'espoir de triompher aisément d'adversaires qui ne pouvaient que difficilement se défendre. On se tromperait en portant un pareil jugement.

L'esprit général des coutumes du moyen-âge, c'était l'exclusion des femmes et la préférence des mâles (cet esprit, je l'ai déjà dit, n'était que la conséquence du service militaire, ou des nécessités du gouvernement); chaque fois donc que s'ouvrait en faveur des filles une succession, il y avait violence faite aux idées de l'époque, idées plus puissantes alors qu'aujourd'hui, quoiqu'aujourd'hui même une *femme-roi*, nous paraisse à nous autres Français, une chose contre nature. Une pareille succession, en contradiction avec les idées dominantes, ne pouvait se légitimer que par le droit roturier, ce qui eût été une mauvaise recommandation, ou par le droit romain qui, effectivement, fut le grand arsenal où l'on puisa de toutes mains pour défendre le droit des femmes. Mais les idées romaines tranchaient si rudement sur les idées germaniques, qu'il y eut une résistance opiniâtre contre cette égalité que nos pères ne pouvaient comprendre; l'établissement du droit d'aînesse, et l'indivisibilité des seigneuries portèrent une première atteinte au droit des femmes, et diminuèrent singulièrement leurs chances de succession. En outre et sans parler des renonciations, sur lesquelles je reviendrai en traitant des successions d'Autriche et d'Espagne, des substitutions avec exclusion des

femmes, assurèrent dans les grandes familles la succession salique; et, non-seulement on exclut les femmes tant qu'il y aurait des héritiers mâles du premier possesseur, mais encore des pactes d'alliance et de confraternité (*Erbverbrüderungen*, *Ganerbschaften*) firent passer la succession des mâles d'une maison aux mâles d'une autre maison, pour le cas où l'une des deux familles ainsi associées, viendrait à s'éteindre[1]. Ces pactes, ou comme les nommaient les Allemands, ces unions de succession (*Erbvereinigungen*) furent générales depuis le quinzième siècle, c'est-à-dire depuis le triomphe du droit romain. Ce fut une limite posée à l'envahissement des doctrines romaines, et limite posée d'une main si ferme, que le droit des femmes en reçut une atteinte profonde, et que, depuis cette époque, elles furent plus rarement appelées à succéder, que dans l'âge précédent. Déjà, dans le quatorzième siècle, la Bulle d'or avait déclaré, aux applaudissements universels, que tous les fiefs tenus immédiatement

[1] Eichhorn. Deutsche Staats und Rechts Geschichte, § 542. Gail. Pract. Observ., II, 127. « Pacta et statuta de mutua successione in casu deficientium liberorum masculorum, inter *principes*, *comites*, *barones* imperii, adeoque inter *nobiles* Germaniæ in usu sunt frequenti, et consuetudine hominum memoriam excedente confirmata valent. Et si autem omnia pacta futuræ successionis regulariter utroque jure, tanquam contra bonos mores et votum captandæ mortis inducentia, prohibita sint, ita ut ne jurata quidem valeant, hoc tamen in personis illustribus non habet locum.

» In principibus enim et illustribus personis omnis sinistra præsumptio vel suspicio captandæ mortis alienæ cessat, adeo que hujusmodi pacta et statuta gentilicia, quæ vulgariter *Erbvereinigung* vocantur, favorabilia sunt, quia ad pacem, tranquillitatem imperii et defensionem subditorum spectant, quorum interest ne alienis et ignotis dominis subjiciantur. »

de l'empire, ce qui comprenait les électorats, ne seraient transmissibles qu'aux héritiers mâles, l'Autriche seule faisant exception. Du reste, pareil mouvement se fit en France par les substitutions; mouvement que nous avons déjà étudié dans le droit civil, et qui, ainsi que nous l'avons dit, créa la noblesse de race et amena la grande monarchie de Louis XIV.

Le développement de l'Allemagne et le nôtre ont toujours été parallèles, comme celui de deux nations sorties d'une même souche; c'est ce que nos historiens et nos politiques ont trop souvent oublié.

CHAPITRE VIII.

Succession de Clèves et de Juliers.

Au seizième siècle, des guerres de religion mirent toute l'Europe en feu; chaque prince couvrit son ambition d'un manteau sacré. Au dix-septième siècle on chercha à établir l'équilibre européen par des pactes et des alliances de famille, et, par une conséquence nécessaire, on profita de toutes les successions féminines pour essayer de maintenir ou de mettre entre des mains amies les royaumes et les principautés qu'on se disputa. La guerre de trente ans, la guerre de sept ans, les guerres de Louis XIV, comme celles de Frédéric, eurent pour causes ou pour complications des questions de succession; et

ce ne fut qu'en 1748 que le traité d'Aix-la-Chapelle vint terminer des contestations qui avaient désolé tout le siècle précédent, et que de nos jours, nous avons vu renaître. L'Allemagne et l'Espagne ont payé bien cher la succession des femmes; et il est à regretter que tant de sang répandu n'ait pas même servi à la jurisprudence internationale, pour établir enfin un grand principe de droit public pour toute l'Europe, en admettant ou en rejetant universellement les prétentions des femmes.

Du reste, si ces questions de succession sont intéressantes pour l'historien, elles le sont peu pour le jurisconsulte, car elles sont presque toujours compliquées de questions de fait, et il s'en faut de beaucoup que la victoire se soit toujours prononcée pour le bon droit.

Disons un mot cependant de cette succession de Clèves, dont le nom est si souvent prononcé dans l'histoire du dix-huitième siècle; et pour ne rien omettre d'essentiel, laissons parler un des hommes que l'affaire touchait de plus près, le grand Frédéric lui-même[1].

« L'électeur Jean Sigismond avait épousé à Kœnigsberg, l'an 1594, Anne, fille unique d'Albert duc de Prusse, héritière de ce duché et de la succession de Clèves. Cette succession était composée des pays de Juliers, Berg, Clèves, Marck, Ravensberg et Ravenstein. Le morceau était trop tentant pour ne pas exciter l'avidité de tous ceux qui avaient l'espérance d'y participer.

» Avant que de parler des droits des électeurs de Brandebourg

[1] Mém. pour servir à l'histoire de Brandeb., p. 24 et suiv.

et des ducs de Neubourg, il est bon d'expliquer les prétentions de la Saxe, pour ne point embrouiller les matières.

» L'empereur Maximilien avait donné l'expectance de cette succession aux princes des deux lignes de Saxe, à savoir l'Ernestine et l'Albertine, au défaut de tous les héritiers mâles et femelles des ducs de Clèves. Car les patentes que le duc de Juliers, Georges-Guillaume, obtint de l'empereur, font foi que ce fief tombait en quenouille. Jean-Frédéric, dernier électeur de Saxe de la maison Ernestine, épousa Sibylle, fille de Jean III, duc de Juliers.

» Le duc Guillaume de Clèves, fils de Jean de Juliers, épousa la fille de Ferdinand, nièce de l'empereur Charles V. Ce mariage, joint au mécontentement que l'empereur avait de ce que Frédéric de Saxe était un des membres de l'union de Smalcalde, le portèrent à confirmer au duc Jean-Guillaume, le droit qu'il avait de disposer de la succession en faveur de ses filles, au défaut d'héritiers mâles. Le fils de ce duc, nommé comme lui Jean-Guillaume, mourut sans enfants en 1609. Ainsi cette succession retomba à ses sœurs.

» L'aînée, nommée *Marie-Eléonore*, avait épousé le duc de Prusse, Albert-Frédéric.

» La seconde, *Anne*, était mariée au prince Palatin de Neubourg, la troisième, *Magdeleine*, était femme du comte Palatin de Deux-Ponts.

» La quatrième, *Sibylle*, était mariée à un prince d'Autriche, comte de Burgaw.

» Ces quatre princesses et leurs enfants prétendirent à cette succession.

» La maison de Saxe ajoutait aux droits de son expectance, le mariage de l'électeur Frédéric avec la princesse *Sibylle*, tante du défunt.

» Marie-Eléonore, femme d'Albert de Prusse, fondait ses droits sur son contrat de mariage en 1572, qui portait en termes exprès que si son frère venait à mourir sans enfants, elle et sa postérité hériteraient des six duchés, en vertu des pactes fondamentaux des années 1418 et 1496, par lesquels les filles aînées ont le droit de succéder. Le duc de Prusse s'engageait à payer 200,000 florins d'or aux sœurs de sa femme, pour les satisfaire, par cette somme, sur toutes leurs prétentions. Si Marie-Eléonore eût été en vie au décès de son frère, il est fort probable qu'il n'y aurait point eu de dé-

mêlé; mais étant morte, sa fille, Anne, femme de l'électeur Jean-Sigismond, rentrait dans les droits de sa mère. Cette succession devait donc tomber sur son chef, puisqu'elle représentait Éléonore, *et c'était le point de contestation.*

» Les prétentions d'Anne, duchesse de Neubourg, se fondaient sur ce que sa sœur, Marie-Eléonore étant morte, elle rentrait dans ses droits, et devenait, par conséquent, l'aînée de ses autres sœurs, étant plus proche parente qu'Anne de Brandebourg, qui était nièce du défunt. Il n'y avait que les pactes de famille et le contrat de mariage de Marie-Eléonore de contraires à ces raisons.

» Les deux sœurs cadettes du duc Jean-Guillaume ne demandaient pas la succession entière; elles ne proposaient que le démembrement.

» Ce qui rendait nul de toute nullité le droit de ces trois sœurs cadettes, c'est qu'elles avaient passé dans leur contrat de mariage une renonciation à tous leurs droits, tant qu'il y aurait des enfants de leur sœur aînée.

» L'électeur Jean-Sigismond et le duc Wolfgang Guillaume de Neubourg convinrent de se mettre en possession de la succession litigieuse, en se réservant cependant leurs droits respectifs. L'empereur Rodolphe, qui voulait prendre les duchés de cet héritage en sequestre, facilita cet accord. L'archiduc Léopold se mit effectivement en devoir de s'en emparer; mais les princes protestants s'y opposèrent et formèrent cette célèbre alliance qu'on nomma l'Union, les princes catholiques firent un traité semblable à Wurtzbourg qu'on nomma la Ligue. L'électeur était favorisé par les Hollandais qui craignaient le sequestre impérial; et le duc de Neubourg par Henri IV, roi de France; mais lorsque ce prince se préparait à le secourir, il fut assassiné par Ravaillac. »

Je n'entreprendrai point d'examiner les questions de droit que soulevait cet important litige; le droit féodal tout entier était en question: investiture simultanée, succession de fiefs de l'empire, puissance de l'empereur pour modifier le droit de succession, exclusion des femmes, pactes de famille, toutes ces questions, qui ont rempli mille volumes,

furent agitées par les jurisconsultes de l'époque ; mais ce fut un autre glaive que celui de la justice qui trancha le différend.

La succession de Juliers se fondit dans les grandes querelles religieuses de la guerre de trente ans ; Autrichiens, Espagnols, Hollandais, Allemands, Français, Suédois même[1], tout le monde prit part à cette mêlée[2], laquelle ne se termina que par le traité de Westphalie[3]. Les duchés de Clèves, la Marche et Ravensberg, échurent à l'électeur ; Juliers, Berg et Ravenstein, au duc ; il avait fallu trente ans de combats et de dévastations pour obtenir ce résultat, qu'on pouvait atteindre dès le premier jour.

Ce fut dans cette guerre que la Prusse commença de jouer en Allemagne un rôle important. Une seconde guerre de succession devait bientôt assurer sa grandeur, et lui faire balancer la puissance de l'Autriche.

CHAPITRE IX.

Succession d'Autriche.

La succession d'Autriche, qui tint l'Europe en haleine pendant sept ans (1740-48), fut, comme la succession de Clèves et Juliers, disputée par des

[1] Charles-Gustave, depuis roi de Suède, prétendait avoir des droits sur le duché de Clèves, du chef de son aïeule.

[2] *Voy.* l'ouvrage du cardinal Bentivoglio : Relazioni delle mosse d'arme per le cose di Clèves e di Giuliers.

[3] P. I, art. 4, § 57.

femmes. Il s'agissait, non pas de savoir si l'Autriche était un fief féminin[1]; ce point était à peu près accordé par toutes les parties[2]; mais si, des femmes seules étant appelées à la succession, on devait préférer la fille du dernier possesseur aux femmes plus rapprochées en degré de la souche commune, et qui n'avaient renoncé qu'en faveur des descendants mâles. La pragmatique de Charles VI expliquera plus clairement ce qu'il pourrait y avoir d'obscur dans ces paroles.

L'empereur Ferdinand II, bisaïeul de Charles VI, avait réglé, par son testament, l'ordre de la succession entre les archiducs ses fils, et leurs descendants mâles, ordonnant que les filles renonçassent à l'hérédité des états de sa maison, et se contentassent de leur dot, *sauf leur droit de retour*; c'était dire qu'au défaut des mâles, ces états héréditaires reviendraient aux filles[3]. L'empereur Léopold, père de Charles VI, établit de la même manière le droit de primogéniture perpétuel en faveur des mâles, et ce pacte de succession fut accepté et confirmé par les parties intéressées. L'empereur Joseph, fils aîné de Léopold, recueillit, en vertu de cette loi de fa-

[1] Ce qu'il y a de plus singulier, c'est que l'archiduché d'Autriche n'était entré dans la maison de Habsbourg que parce que l'empereur Rodolphe, prétendant que les filles ne pouvaient hériter de ce fief masculin, en avait donné l'investiture à son fils.

[2] J'entends les parties qui se disputaient la succession, c'est-à-dire Marie-Thérèse et l'électeur de Bavière, car il ne manquait pas d'un troisième parti qui, sans se prononcer ouvertement, aurait voulu exclure les prétentions des femmes. (*Voy*. Frédéric, Hist. de mon temps, t. 1, pag. 117 et suiv.)

[3] Mœser, Staats recht. th. 15, pag. 467.

mille, la succession de tous les états héréditaires de sa maison. Après sa mort, l'empereur Charles VI, son frère unique et son successeur, fit, le 19 avril 1713, une disposition plus précise qu'il qualifia de *pragmatique sanction* et d'*édit perpétuel*. Par cette pragmatique, il déclara que les états de la maison d'Autriche seraient toujours indivisibles; que le droit de primogéniture et de succession de mâle en mâle, serait inviolable; *et qu'au défaut des mâles, les filles recueilleraient toute la succession suivant l'ordre de leur naissance*; en sorte que les archiduchesses et leurs descendants, suivant l'ordre de primogéniture, auraient droit de succéder sans partage aux royaumes et états de la maison d'Autriche[1].

Charles VI, qui n'avait qu'une fille, Marie-Thérèse, n'épargna aucun sacrifice pour lui laisser la succession paisible de ses états. Parme et Plaisance donnés aux Bourbons d'Espagne, la Sardaigne abandonnée à la Savoie, la Lorraine cédée à la France, semblaient garantir à l'empereur que ses volontés dernières seraient exécutées sans désordres; mais il n'en fut point ainsi : et les compétiteurs parurent de toutes parts. Sans parler de Philippe V, roi d'Espagne, et du duc de Savoie, deux prétendants s'avancèrent dans la lice avec des titres spécieux; le premier était le prince Auguste de Saxe, qui avait

[1] « Nous avons déclaré, est-il dit dans la pragmatique, que la succession échoira en premier lieu aux archiduchesses nos filles, en second lieu, aux archiduchesses nos nièces, filles de notre frère, et en troisième lieu aux archiduchesses, nos sœurs. »

épousé la fille aînée de Joseph Ier; le second et le plus redoutable était l'électeur de Bavière, qui tirait son droit d'Anne, fille de Ferdinand Ier, femme de l'électeur Albert V, souche de la maison de Bavière.

» Ferdinand Ier, disait l'électeur [1], en faisant renoncer sa fille au profit de ses héritiers mâles, lui a en même temps réservé tous ses droits pour le cas où les héritiers ne laisseraient point d'héritiers mâles; il n'a pas voulu que la princesse sa fille fût renvoyée après les filles de ses filles; une pareille stipulation n'aurait aucun sens, et ne s'expliquerait pas. Or, c'est Ferdinand qui a apporté dans la maison d'Autriche les royaumes de Hongrie et de Bohême; c'est lui, par conséquent, et lui seul, comme premier fondateur, qui avait le droit et le pouvoir de disposer de sa succession. Il a appelé à cette succession ses enfant mâles d'abord, et à défaut de descendance masculine, sa fille aînée, mariée dans la maison de Bavière, et ses descendants légitimes. De cette fille aînée descend, en ligne directe et non interrompue, la maison de Bavière. Le droit de cette maison devient incontestable si l'on fait attention que Ferdinand Ier a insisté fortement sur l'ordre de primogéniture établi par rapport à la succession des descendants mâles, et qu'il a suivi le même ordre pour le cas où cette succession devait passer aux femmes.

Pour Marie-Thérèse, on répondait que les prétentions de la maison de Bavière étaient inouïes; que toujours la jurisprudence et l'usage s'étaient prononcés pour la fille du dernier possesseur, de préférence aux filles mêmes du premier auteur; et, de fait, les défenseurs de cette dernière opinion apportaient des monceaux de preuves à l'appui de leur cause [2]; mais malgré son bon droit et malgré les sa-

[1] Tableau de l'empire germanique (sans nom de pays), 1741.

[2] *Voy.* Senkenb, De success. filiarum in regnis et principatibus, pag. 131 et suiv.

crifices de son père, Marie-Thérèse eût couru grand risque de perdre la couronne, si elle n'eût trouvé dans le dévouement de son peuple des ressources un peu plus énergiques que des raisonnements de jurisconsultes.

Ce ne fut point aux nombreux volumes écrits pour la défendre, ce fut au *Moriamur pro rege nostro Maria-Theresa* des fidèles Hongrois, que Marie-Thérèse dut le trône; elle le dut aussi à la politique astucieuse de Frédéric, qui, aussi jaloux de la prépondérance française que de la puissance autrichienne, vendit son alliance et abandonna l'électeur de Bavière, dès qu'on lui eut cédé la Silésie qu'il convoitait depuis longtemps.

En résumé, pendant près d'un siècle et demi, l'Allemagne fut troublée par des guerres de succession; mais il serait injuste d'accuser de ces malheurs, soit l'incapacité des femmes, soit l'impéritie des jurisconsultes. Marie-Thérèse avait les qualités d'un roi, et les jurisconsultes rédacteurs de la pragmatique ne manquaient ni de talent ni d'expérience; mais dans les guerres de succession, chaque parti cherchait fort peu à s'éclairer; et, au fond, on se souciait médiocrement que le maître de l'Autriche fût une femme ou l'électeur de Bavière. La question de droit n'était qu'un masque derrière lequel la Prusse et la France cachaient leur ambition et leurs projets.

C'est ce qui fait que ces querelles, si importantes pour la politique et pour l'histoire, n'ont aucun intérêt juridique; le droit des renonciations était de-

puis longtemps établi et l'ordre de rappel depuis longtemps fixé, quand on obscurcissait au profit de l'électeur, les principes les plus certains, et qu'on remettait en doute une jurisprudence assurée. Mais quand une couronne est l'objet du litige, si mauvaise que soit la cause, elle ne manquera jamais d'ambitieux qui la défendent par la parole ou par l'épée.

CHAPITRE X.

De la succession des femmes au trône d'Espagne jusqu'à l'avénement de Philippe V.

Je n'aborde qu'en tremblant la succession d'Espagne; ce sujet a été traité par une main si fine et si exercée; un esprit qui prend si bien tous les genres, a exposé avec tant de netteté et de relief le tableau de cette grande révolution, qu'il ne nous reste plus qu'à suivre le maître, en regrettant de ne pouvoir reproduire dans sa perfection une touche aussi délicate [1].

Après la conquête d'Espagne par les Arabes, la royauté resta encore quelque temps élective dans la petite partie de la Péninsule conservée par les chrétiens [2]. Alphonse le Catholique, Alphonse le Grand,

[1] Mignet, Négociations relatives à la succession d'Espagne sous Louis XIV. Paris, Imprimerie royale, 1835.

[2] Marinez Marina, Ensayo critico sobre la legislacion de Castilla, I, pag. 82 et suiv.

Ordoño II, don Ramire III et plusieurs autres souverains de Castille ou de Léon, furent choisis ou confirmés par l'élection. Au commencement du douzième siècle, il n'y avait point encore de règle fixe sur la succession du trône[1], quoique par un usage à peu près constant, on choisît toujours dans une même famille royale le prince qui devait régner. « L'ordre héréditaire, dit excellemment M. Mignet, » avait fixé le rang des familles, il n'avait pas encore » fixé le rang des personnes. Les fils du prince mort » furent écartés tantôt par leur oncle paternel, tan- » tôt par le mari de leur tante, tantôt par leur frère » bâtard. Dans ces temps éloignés et difficiles on ne » put être roi qu'en ayant l'âge suffisant et les qua- » lités nécessaires pour régner. »

Au commencement du onzième siècle, nous voyons le premier exemple d'une succession féminine. Ferdinand I, roi de Castille, obtint en 1037, le royaume de Léon du chef de doña Sancha, sa femme, sœur du dernier roi Bermudo III. Il acquit le comté de Castille, qui fut érigé en royaume, du chef de sa mère doña Nuña, fille aînée du comte Sanche, et devenue son héritière par la mort de don Garcie son frère.

La succession féminine se renouvela plusieurs fois depuis cette époque; en 1109 doña Urraca, fille d'Alphonse VI, roi de Castille et de Léon, porta la

[1] Marina, I, page 85. M. Mignet semble admettre que dès le X[e] siècle, la révolution était faite. *Voy.* Négoc., I, page 12.

couronne dans la maison du comte Raymond son mari, frère du comte de Bourgogne, qui fut ainsi la souche d'une dynastie française en Espagne. En 1217, doña Berenguela, fille d'Alphonse, roi de Castille, succéda à son père et donna la Castille au roi de Léon, Alphonse IX. Ferdinand III, leur fils, réunit définitivement les deux royaumes. Le mariage réunit ce que la succession avait défait par le partage.

Dans les autres parties de la Péninsule les filles furent également admises à la succession, dès que le trône fut considéré comme un patrimoine. La loi civile ne prononçant pas d'exclusion contre elles, c'était justice qu'elles fussent admises à la succession de la terre, fief ou royaume, peu importe; la différence était dans l'étendue et non dans le titre de la propriété. Ainsi, en Aragon, doña Petronilla, fille de Ramire le Moine, hérita du royaume en 1137, et le porta à son époux Raymon Béranger, comte de Barcelone. En Navarre, cette règle de succession fut également admise. En 1274, Jeanne I[re] succéda à son père Henri I[er], et apporta en 1284, le royaume de Navarre en dot à Philippe le Bel.

Du reste, et dans l'origine surtout, les filles furent appelées à la succession par élection plutôt que par un titre nettement reconnu. Doña Urraca, par exemple[1], ne fut admise à la succession de son père

[1] L'anonyme de Sahagun nous peint dans toute sa vivacité, la fierté espagnole. « Los condes y nobles de la tierra ayuntaron se y fueron se para dona Urraca, hija del rey difunto, diciendo le asi: Tu no podras retener, ni gobernar al reino de tu padre, y a

qu'à la condition d'épouser le roi d'Aragon. Peu à peu et à mesure que prévalut l'idée de patrimoine, le droit des filles prit une assiette certaine, et ce droit était incontesté, quand Alphonse le Sage fixa par écrit la coutume dans son célèbre livre des sept parties (las siete partidas).

La loi 2 du titre XV de la seconde partie intitulée : *Comment le fils aîné a la préférence et l'aînesse* (la mayoria) *sur les autres frères*, expose ainsi qu'il suit l'ordre de la succession castillane[1] :

« Combien que suivant l'ancienne coutume les pères ne laissent point tous leurs biens à l'aîné seul, mais par amour pour leurs autres fils, donnent à chacun sa part ; cependant les hommes sages et entendus, considérant le bien commun de tous, et reconnaissant que le partage d'un royaume amène sa destruction, comme l'a dit notre seigneur J. C. : *tout royaume divisé périra*, ont établi pour coutume (*Tuvieron por derecho*), que le fils aîné aurait seul la seigneurie après la mort du père. Et tel a été l'usage dans tous les pays du monde où la seigneurie a été transmise par la voie du sang, et principalement en Espagne. Et pour éviter une foule de maux qui sont arrivés et pourraient arriver encore, ces sages établirent que la succession du royaume passerait toujours en ligne directe ; et dans ce but, ils décidèrent que s'il n'y avait point d'enfant mâle, la fille aînée hériterait du royaume ; ils ordonnèrent également que si le fils aîné mourait avant d'hériter, laissant un fils ou une fille issus du légitime mariage, ce fils ou cette fille auraient l'héritage, et nul autre en leur place. »

nosotros regir, si no tomares marido, porlo qual te damos por consejo que tomes por marido al rey de Aragon, al cùal todos obedeceremos. » Un tel conseil était une loi.

[1] Las siete partidas del rey don Alonzo el Sabio. Madrid, 1807. Tome II, page 132.

« Establescieron que si fijo varon hi non hobiese, la fija mayor heredase el regno, e aun mandaron que si el fijo mayor moriese

Cette coutume, recueillie dans les *siete partidas*, a été constamment observée dans tous les royaumes de la Péninsule. La couronne de Navarre, qui était passée dans la maison de France, par le mariage de Jeanne avec Philippe le Bel, en sortit par une autre Jeanne, qui la porta dans la maison d'Évreux. Blanche, petite-fille de cette Jeanne, épousa Jean qui depuis fut roi d'Aragon, et qu'elle fit roi de Navarre. Léonore, fille de Blanche, porta cette couronne dans la maison de Foix, et par le mariage de Catherine, petite-fille de Léonore, la Navarre tomba dans la maison d'Albret et de celle-ci dans la maison de Bourbon, par le mariage de Jeanne d'Albret avec Antoine de Bourbon [1].

Martin, roi d'Aragon, étant mort sans enfants, les Cortès donnèrent la couronne à Ferdinand, parce qu'il était fils de doña Maria-Leonora, sœur du dernier roi.

Philippe II n'eut le royaume de Portugal que comme fils d'Isabelle, fille aînée du roi don Emmanuel; et la maison de Bragance ne possède aujourd'hui cette couronne que du chef de doña Catalina, fille de l'infant don Édouard, qui était le plus jeune des fils du roi don Emmanuel.

ante que heredase, si dexase fijo o fija que hobiese de su muguer legitima, que aquel o aquella lo hobiese, et non otro ninguno. »

[1] Dirai-je enfin que, de nos jours, sans avoir égard au grand principe de l'inaliénabilité du domaine, un écrivain, plus historien que jurisconsulte, M. Boucher de Courson, a réclamé la Navarre pour la duchesse d'Angoulême. (Des droits de Madame de France, fille de Louis XVI, à la couronne de Navarre. Paris, 1831, chez Demonville).

Deux Jeanne ont été reines de Naples. Les investitures données pour ce royaume aux rois d'Aragon, sont pour mâles et femelles. A l'époque où ces investitures ont été données, tout royaume était un véritable patrimoine; exclure les femmes, c'eût été faire violence aux lois romaines et aux usages espagnols; les papes n'y pouvaient pas songer; sans compter qu'une femme leur convenait sans doute mieux, comme puissance voisine, qu'un prince ambitieux et guerroyant. Du reste, il est remarquable que les rois d'Aragon n'ont eu de droit sur Naples et sur la Sicile, que par deux femmes : la reine Constance, fille de Mainfroy, qui épousa Pierre Ier, roi d'Aragon; et la reine Jeanne II, qui adopta Alphonse V, surnommé le Sage.

A l'égard du royaume de Castille, voici un fait bien curieux que nous a conservé l'historien Garibay. Je rapporterai ses propres termes pour ne pas priver le lecteur de ce précieux monument[1].

« En 1475, qui fut la première année du règne de Ferdinand et d'Isabelle, il y eut à Ségovie quelque contestation entre le roi et la reine pour savoir qui des deux devait succéder aux royaumes de Castille et de Léon, et en avoir le gouvernement ; était-ce la reine, comme fille du roi don Jean II, ou le roi, comme fils de don Jean, roi d'Aragon, descendant par les mâles de don Jean, premier de ce nom, roi de Castille et de Léon. L'amirante et ses parents, qui étaient alliés au roi, et qui tenaient son parti, cherchaient à introduire en Castille et Léon, une loi nouvelle, semblable à cette loi salique des Français, qui établit que les femmes ne peuvent hériter d'aucune portion du patrimoine royal. Le parti de la reine, qui était celui de la justice, soutenait le droit de

[1] Garibay, lib. 18, tit. I.

cette princesse, non-seulement par les lois du royaume, mais encore par les anciennes histoires, et rapportaient les exemples de femmes autrefois héritières des couronnes de Castille et de Léon.

» Ce fut sur ce fondement que la sentence fut prononcée en faveur de la reine Isabelle ; et cette princesse, suivant notre supputation, fut la quatrième femme qui hérita du royaume de Castille, la cinquième qui hérita du royaume de Léon. »

Le mariage d'Isabelle et de Ferdinand, en réunissant les deux couronnes, ne changea rien à la coutume espagnole; le testament de Charles-Quint et celui de Philippe II, son fils, sont exactement conformes à la loi des *siete-partidas* [1], loi adoptée par les *Leyes de Toro*, qui, en l'an 1505, donnèrent à tous les majorats d'Espagne, l'ordre de succession suivi jusqu'alors pour la couronne.

La succession des femmes à la couronne d'Espagne est donc un fait incontestable; et l'on peut même ajouter qu'entre la coutume espagnole et les coutumes allemandes ou françaises, il y a cette différence que la première voit sans défaveur les femmes

[1] Par son testament, fait à Bruxelles le 16 juin 1554, Charles-Quint institue son fils et ses descendants à perpétuité, comme héritiers de ses États ; et puis, en cas que cette branche vienne à s'éteindre, il appelle nommément à la succession tous ses autres héritiers, en observant le degré, le sexe et l'âge; en premier lieu ses filles Marie, reine de Bohême, et Jeanne, princesse de Portugal, et leurs descendants; puis Jean Ferdinand, son frère, et sa postérité, et à son défaut, sa sœur Éléonore, douairière de Portugal, et ses enfants : « Preferiendo siempre, ajoute-t-il, el mayor al menor, y el varon à la hembra, y en ygual linea o grado, el nieto o nieta hijo del primogenito que murio en vida del padre, al hijo secundogenito que se hallo vivo al tiempo de la muerte del padre, conforme a la disposicion de las leyes y pragmaticas de *las Partidas*, y otras de nuestros reynos y señorios. » Mignet, Négociat., I, p. 26. Le testament de Philippe II est rédigé dans le même esprit.

arriver au trône, et que cette succession est dans l'esprit de la législation, tandis que dans les lois du Nord, la succession des femmes est vue de mauvais œil, et que les jurisconsultes s'efforcent de la restreindre. Sous les *Siete partidas* on retrouve la loi Wisigothique, comme, derrière la loi qui exclut les filles de la succession princière, on retrouve en France et en Allemagne l'antique loi des Saliens, des Ripuaires et des Thuringes. Sur les destinées d'une nation, l'influence du passé est bien plus grande qu'on ne croit.

Le droit des filles incontesté, on se demande pourquoi la guerre de la succession d'Espagne a embrasé l'Europe et humilié la vieillesse de Louis XIV; c'est que dans cette querelle entre la France et l'Autriche il y avait complication; complication résultant des renonciations faites dans leur contrat de mariage par Anne d'Autriche et Marie-Thérèse, la mère et la femme de Louis XIV. Ces renonciations, inventées par les jurisconsultes de l'époque, avaient cela d'admirable pour les politiques qu'elles prêtaient aux doubles sens, et que indépendamment de ce qu'elles avaient de douteux, elles avaient été annulées, expliquées et confirmées assez de fois pour que les diplomates et les avocats aidant, il fût à peu près impossible de se reconnaître.

Je n'entrerai point dans le détail des faits qui suivirent le mariage de Louis XIV, et durèrent jusqu'à l'avénement de Philippe V, je renvoie le lecteur à l'admirable recueil que j'ai déjà cité, et dans lequel

je prends toutes mes preuves[1]. Le lecteur pourra, pièces en main, se former une opinion sur cette question délicate. Quant à moi, je me tiens, je l'avoue, à un mandement de l'archevêque de Sarragosse, mandement publié en faveur de Philippe V, et qui, à l'époque, eut un grand retentissement[2].

« Le roi Philippe IV[3] avait pouvoir et autorité pour faire ce qu'il a fait, ou il n'avait pas ce pouvoir. Je dis la même chose du royaume qui a concouru à cet acte de renonciation. S'il n'avait pas ce pouvoir, la renonciation est nulle et de toute nullité, comme ayant été ordonnée, approuvée, acceptée par personnes qui n'avaient nulle autorité en ce point. Si, au contraire, le roi avait ce pouvoir (ce qui est le cas le plus favorable à l'archiduc Charles[4]), s'il a pu établir une chose contraire à toutes les lois du royaume qui parlent de succession, contraire à l'ordre réulier et à l'ancien droit du sang qu'il a reçu de ses ancêtres[5], qui pourra nier qu'un autre roi d'Espagne, comme fut Charles II, notre souverain, n'ait eu également le pouvoir de révoquer, en faveur de la convenance et de l'utilité publiques, une disposition exorbitante, irrégulière, contraire aux lois nationales, pour rétablir la succession dans son ordre naturel et son ancien état, conformément aux lois du royaume, observées et gardées pendant toute la suite des temps. Est-il douteux que rappeler les choses à

[1] Négociat. relatives à la succession d'Espagne.

[2] Je prends ce mandement dans un pamphlet du temps, intitulé: *Mémoire touchant la succession d'Espagne*, sans date ni nom d'imprimerie.

[3] Le père de Marie-Thérèse, celui qui l'avait fait renoncer à la succession.

[4] Le prétendant autrichien, fils d'une sœur cadette de Philippe IV.

[5] Cosa contraria a todas las leyes del reyno que hablan de succesion, contraria al orden regolar, y a la antiguissima y propria naturaleça de el derecho de sangre para las succesiones, derivado de sus mayores antiguos, y gloriosos primogenitores, los señores de Leon y Castilla desde el invicto D. Pelayo.

leur premier état, c'est beaucoup moins faire que de les en tirer, en les forçant et en les altérant?

» Si donc notre roi Charles II n'a fait autre chose par son testament que déclarer qu'il ne convenait pas à l'utilité publique de son royaume, que la renonciation de sa sœur donnât l'exclusion à ses descendants; si ce testament n'a été fait qu'après une délibération et conseil pris du saint-siége apostolique; si, en outre, il a ordonné à tous ses sujets de recevoir et jurer pour son successeur à la couronne, Philippe V; si le royaume tout entier, obéissant à son roi et seigneur, comme il y était obligé, a accepté, reçu et juré ce successeur dans toutes les cités, qui peut douter de la validité de cet acte, fait avec le même pouvoir et avec plus de solennité que la renonciation, de cet acte, bien plus conforme aux lois de la succession et au droit du sang? Nos lois n'excluent point de la couronne les maisons étrangères; l'Autriche y a été admise sans que notre honneur fût blessé (*sin que esto fuese contra el punto de la corona*). Le roi Charles II, comme souverain législateur, a levé l'empêchement que son père avait mis à la renonciation; l'utilité du royaume le demandait, comme on l'a dit, et le droit du sang ne permettait pas qu'on souffrît plus longtemps l'injustice faite à Marie-Thérèse, aïeule de notre Philippe V, en excluant les descendants, quand les lois du royaume ne les excluaient pas. »

CHAPITRE XI.

De la succession des femmes au trône d'Espagne, depuis Philippe V jusqu'à nos jours.

Une fois monté sur le trône, Philippe V, que l'Angleterre avait forcé de renoncer au trône de France pour lui et ses descendants, voulut au moins éviter que l'Espagne pût jamais passer entre les mains de quelque puissance étrangère, ennemie ou

rivale de la France; dans ce but, il abolit l'ancien ordre de succession, et adopta la succession agnatique[1], garantissant ainsi à l'Espagne qu'elle ne serait gouvernée que par des princes nationaux, et qu'on ne verrait plus un grand et beau pays passer, suivant les caprices de la naissance, entre des mains étrangères.

Cet acte est une pièce trop importante, pour ne pas trouver place dans ce mémoire.

Autos accordados. Lib. V. Tit. 7. Auto V.[2].

« Philippe, à Madrid, le 10 mai 1713.

» Mon conseil d'état m'a représenté la grande convenance et l'utilité qui résulteraient pour mon royaume et mes sujets d'un nouveau règlement sur la succession de la monarchie, règlement qui, adoptant le principe de l'Agnation rigoureuse (*agnacion rigurosa*) donnerait la préférence aux descendants mâles dans la ligne masculine, sur toutes les femmes et leurs descendants, encore que bien que les femmes et leurs descendants fussent de meilleur degré et de ligne plus proche.

» Quoique les raisons exposées par mon conseil d'état soient si solidement appuyées que ma résolution ne puisse être douteuse, et quoiqu'en ma qualité de premier et principal intéressé et de maître j'aie plein droit de déclarer les règles qui me paraissent les plus convenables dans l'intérêt de ma famille[3] et de mes descendants, néanmoins, pour plus de sécurité en une affaire si importante, j'ai voulu connaître l'opinion du conseil de Castille.. . lui ordonnant d'écouter auparavant mon fiscal; et le conseil de Castille a été de même avis que le conseil d'état.

[1] Ce n'est pas tout à fait la succession française, car tandis que les femmes, chez nous, sont exclues à perpétuité, suivant l'*auto acordado*, elles succèdent quand il n'y a pas de mâles ni dans la ligne directe, ni dans la ligne collatérale.

[2] T. III de la Nueva Recopilacion, p. II, p. 54. *Voy.* aussi Sempere, Historia del derecho Español, t. II, p. 353.

[3] Aunque... para alcanzar la regla mas conveniente á lo interior

» J'ai voulu, en outre, que pour la plus grande validité, le royaume concourût à l'établissement de cette nouvelle loi par une acceptation universelle... J'ai ordonné à toutes les villes (*ciudades villas de voto en cortes*) de remettre à leurs délégués des pouvoirs suffisants pour conférer et délibérer sur ce point, suivant ce qu'ils jugeraient le plus utile à la chose publique; et les Cortès... connaissance prise de l'opinion des deux conseils, convaincus de la justice de ce nouveau règlement et de son utilité, m'ont prié d'établir ce nouveau règlement pour loi fondamentale de la succession de cette monarchie, dérogeant en ce point aux lois et usages contraires.

» J'ai trouvé cette demande bonne, et j'ordonne que dorénavant la succession de ce royaume passe de mâle en mâle jusqu'à extinction des lignes masculines, observant toujours la rigueur de l'agnation, et l'ordre de primogéniture, avec le droit de représentation, etc. [1] »

Cet acte, qu'on peut considérer comme une revanche du traité d'Utrecht, et qui, ôtant tout espoir à la maison d'Autriche, affermissait d'autant les Bourbons d'Espagne, cet acte inséré dans les *Autos accordados*, prit place parmi les lois fondamentales de la Péninsule; c'est aujourd'hui le titre sur lequel Charles V appuie ses prétentions.

Voici maintenant quels sont les titres qu'on met en avant pour la reine Isabelle.

de mi propia familia, i descendencia, podria passar, como primero, i principal interessado, i dueño, a disponer su establecimiento.

[1] Que succeda en esta corona... el hijo, i sus hijos, *i descendientes varones de varones*... hasta extinguirse i acabarse las lineas varoniles de cada uno de ellos, observando siempre al rigor de la agnacion, i al orden de primogenitura, con el derecho de representacion, preferiendo siempre las lineas primeras i anteriores à las posteriores... i siendo acabadas todas las lineas masculinas... succeda en dichos reinos la hija ó hijas del ultimo reinante varon agnado mio, en quien feneciera la varonia.

Je n'entrerai point dans les discussions de fait sur la validité des Cortès tenus sous le règne de Philippe V, pour confirmer un acte aussi important que cette loi nouvelle[1]; il me paraît évident que la toute-puissance du monarque, dans un gouvernement tel qu'était alors celui de l'Espagne, est suffisante pour couvrir ce qu'il y aurait eu d'irrégulier ou d'imparfait dans cette réunion. Je veux parler seulement de l'abrogation expresse de l'*Auto accordado* faite en 1789, acte qui prépara une révolution à venir, au moment même où la nôtre éclatait.

Dans les Cortès de 1789, convoqués par Charles IV, père du roi Ferdinand VII et de don Carlos, aïeul de la reine Isabelle, le roi proposa d'abroger l'*auto accordado* de Philippe V, et de revenir à la coutume immémoriale consignée dans la loi 2, tit. 15 de *secunda partida*. Quelle fut la cause de cette proposition? c'est ce qu'il est assez malaisé de décider; Charles IV avait à cette époque trois fils vivants; le seul motif qu'on puisse supposer, fut l'espoir d'une réunion future de la couronne de Portugal à celle d'Espagne, en assurant aux enfants de la princesse doña Carlota, mariée depuis 1784 à don Juan, prince du Brésil, la succession possible au trône d'Espagne, succession que leur avait enlevée l'*Auto accordado* de 1713.

Quoi qu'il en soit, la proposition royale fut adop-

[1] *Voy.* A ce sujet Zoepfl, Essai historique sur la succession d'Espagne, pag. 84 et suiv.

tée complétement par les Cortès, qui adressèrent au roi la pétition suivante :

PÉTITION DES CORTÈS DE 1789.

« Sire,

» La loi II, tit. 15, *partida* 2, déclare ce qui a été observé de temps immémorial, et qu'on doit observer dans la succession de ce royaume, l'expérience ayant démontré la grande utilité qui en est résultée, puisqu'elle a amené la réunion de Castille et de Léon et de la couronne d'Aragon, par l'ordre de successibilité marqué dans ladite loi, le contraire ayant toujours produit des guerres et de grandes perturbations [1].

» Par toutes ces considérations, les Cortès supplient V. M. d'ordonner, malgré l'innovation faite par *l'auto accor*. V, tit. VII, liv. 5 qu'on observe et qu'on suive à perpétuité dans la succession de la monarchie, la coutume immémoriale consignée dans ladite loi II. tit. 15, *partida* 2, comme elle a été de tout temps observée et suivie, et comme elle fut jurée par les rois, vos prédécesseurs, et de prescrire, en outre, qu'elle soit publiée comme loi et pragmatique faite et formée en Cortès, afin que cette résolution soit constatée, ainsi que la dérogation *audit accordado* [2]. »

Cette pétition, appuyée par quatorze évêques, dont le roi avait demandé l'avis, fut remise à Charles IV, qui promit *d'ordonner aux membres de son conseil d'expédier la pragmatique de droit et d'usage en pareil cas*, tout en exigeant des Cortès de garder le plus grand secret jusqu'au moment de la promulgation.

Cette promulgation eût coupé court à toute difficulté; mais, par une circonstance dont il est difficile

[1] Cette assertion ne me paraît pas avoir pour elle la vérité historique.

[2] Testimonio de las actas de Cortès de 1789, publicado por real decreto, f. 19 à 20. Imprenta real, año de 1833.

de deviner le secret, cette promulgation n'a pas eu lieu sous le règne de Charles IV, quoiqu'il soit encore resté sur le trône dix-huit ans après cet acte ; bien plus, la *Novissima Recopilacion*, publiée en 1805, reproduit l'*auto accordado* de Philippe V, qu'il eût été facile de faire disparaître de la collection.

La constitution de 1812, deux fois proclamée [1], fut le premier acte public où le retour aux lois des *Partidas* fut solennellement proclamé ; et, à cette époque, il faut avouer que les Cortès n'avaient aucun intérêt dans cette décision, car Ferdinand VII n'avait point d'enfants ; c'était un retour pur et simple à l'ancienne constitution espagnole.

L'acte de 1812 aboli, sous l'empire de quelle loi retombait la succession au trône? sous celui de l'*auto accordado*, ou sous celui des *Siete partidas*, à cause de la pétition de 1789? c'est un point fort débattu entre les deux prétendants au trône [2], mais il me paraît probable que Ferdinand VII ne croyait pas à la parfaite validité de la pétition, puisqu'il jugea convenable de la promulguer le 29 mars 1830, six mois avant les couches de sa quatrième femme, à une époque où il ne pouvait savoir si son héritier serait un fils ou une fille.

Les partisans de don Carlos attaquèrent vigoureusement l'acte de Ferdinand VII, et sans parler

[1] La seconde fois, en 1820, époque à laquelle don Carlos, lui-même, prêta serment. Zoepfl. pag. 125.

[2] *Voy*. Zoepfl. cap. 127.

d'une rétractation qu'ils essayèrent d'arracher au moribond, ils prétendirent :

1° Que Ferdinand VII n'avait pu, après quarante ans, remettre en vigueur une loi, mort-née, et qui, n'ayant pas été sanctionnée par Charles IV, se trouvait sans valeur aucune;

2° Que l'acte, eût-il été sanctionné par Charles IV, il serait encore nul, parce que si Philippe V avait pu librement changer l'ordre de succession, comme fondateur d'une nouvelle dynastie, et n'ayant point à craindre de blesser des droits acquis, on ne pouvait reconnaître le même pouvoir à Charles IV, qui n'avait reçu la monarchie qu'aux conditions établies par le premier fondateur, et qui, d'ailleurs, n'avait pu porter atteinte aux droits acquis de don Carlos, déjà né en 1789.

L'examen de ces deux questions nous mènerait bien loin; car il faudrait, d'une part, exposer toute l'organisation politique de l'Espagne, pour déterminer le pouvoir législatif du roi; et, d'un autre côté, que de volumes nous pourrions inutilement remuer, avant de savoir si Philippe V tient son droit, ou de sa naissance et comme successeur de Charles II, ou du traité d'Utrecht et comme fondateur d'une nouvelle dynastie!

Je finirai seulement par une réflexion qui mécontentera les deux partis, parce qu'elle a le défaut d'être vraie et de ne flatter personne.

Il est indubitable que la coutume des *Partidas* est nationale, et qu'elle a pour elle tout le passé de l'Espagne. La gloire d'Isabelle la Catholique a peut-

être contribué plus que tout le reste, à protéger l'innocente Isabelle; il est certain encore, quoiqu'on fasse sonner bien haut le nom de *légitimité*, que si don Carlos parvenait au trône d'Espagne, ce serait, dans l'histoire de cette monarchie, le premier exemple d'un roi monté sur le trône contre les dispositions des *siete partidas*; mais on ne peut nier non plus que la conduite de Ferdinand VII ne fut évidemment partiale et égoïste, et que, s'il exhuma une loi oubliée, ce fut dans l'intérêt de sa descendance, et nullement par déférence pour les coutumes nationales. Je dirai enfin que la succession agnatique, en rapprochant la royauté d'une magistrature, a quelque chose de plus conforme aux idées et aux nécessités de notre siècle, et que, d'ailleurs, une femme sur le trône, fait de l'Espagne le point de mire de toutes les ambitions, et, la plaçant entre l'Angleterre et la France, la met entre deux patronages également dangereux pour son indépendance et sa nationalité.

CHAPITRE XII.

Succession de Portugal.

De nos jours, le Portugal a eu aussi sa guerre de succession; mais quoiqu'une femme prétendît au trône, la question ne portait point sur la capacité du sexe; cette capacité a toujours été reconnue dans

le Portugal, qui n'est qu'un rameau détaché de l'Espagne, et qui a longtemps vécu des mêmes lois. Dans la dernière guerre, la question était de savoir si don Pedro, en acceptant la couronne du Brésil, n'était pas devenu un étranger pour le Portugal, et s'il avait pu transmettre à dona Maria un droit qu'il avait perdu.

Cette discussion n'est pas de mon ressort; et, quant au droit des filles, il me suffira pour l'établir, de rapporter la loi faite aux Cortès de Lamégo, loi qui est pour le Portugal, ce que la loi salique est pour la France.

« Vive le seigneur, roi Alphonse, et qu'il règne sur nous!

» S'il a des enfants mâles, qu'ils vivent, et qu'ils aient le royaume, sans qu'il y ait besoin de les faire rois de nouveau [1].

Si le roi de Portugal n'a point d'enfant mâle, et qu'il ait une fille, elle sera reine, après la mort du roi, *pourvu qu'elle se marie avec un seigneur portugais*; mais il ne portera le nom de roi, que quand il aura un enfant mâle de la reine qui l'aura épousé. Quand il paraîtra en public, en compagnie de la reine, il se tiendra toujours à sa gauche (*ibit in manu manca*), et ne mettra point la couronne royale sur sa tête.

» Que cette loi soit toujours observée et que la fille aînée du roi n'ait point d'autre mari qu'un seigneur portugais, afin qu'un étranger ne devienne pas le maître du royaume ; et si elle épouse un étranger, qu'elle ne soit pas reine ; car nous ne voulons pas que notre couronne sorte du Portugal, qui a su se faire un roi, sans secours étranger et par son seul courage [2]. »

[1] Vivat dominus rex Alfonsus et habeat regnum! Si habuerit filios varones, vivant, et habeant regnum ita ut non sit necesse facere illos de novo reges.

[2] Sit ita in sempiternum quod prima filia regis recipiet maritum de Portugale, ut non veniat regnum ad extraneos, sin autem cum extraneis nupserit, non sit regina, quia nunquam volumus nostrum regnum ire for de portugalensibus qui reges fecerunt sine adjutorio alieno, per suam fortitudinem.

Cette dernière disposition, qui évitait le mal d'une domination étrangère pour amener un mal aussi grand; car dans un pays d'aristocratie comme le Portugal, le choix de la reine devait amener la guerre civile entre les prétendants à la main de leur souveraine; cette disposition, dis-je, fut peu à peu abandonnée [1]; encore bien que les cortès aient demandé plusieurs fois son rétablissement par crainte d'une réunion avec l'Espagne [2].

CHAPITRE XIII.

Italie, Angleterre, royaumes du Nord.

Finissons par quelques pays où le droit des femmes a toujours été reconnu; encore bien que cette reconnaissance n'ait point évité des guerres intestines, car tout prétexte est bon aux ambitions humaines.

En Italie, dans le Nord, nous trouvons plus d'un exemple de femmes admises au gouvernement; Milan, Mantoue, Parme ont plusieurs fois passé, par les femmes, en des mains étrangères; dans le Midi, Naples a été un fief féminin jusqu'à l'avénement de la maison de Bourbon; l'investiture était expresse en

[1] Antonio Brandaõ (Monarchia luzitana, Lib. 10, cap. 14) cité par Antonio da Silva Lopez Rocha (Injusta acclamacaõ do ser. infante D. Miguel), Londres, 1828, p. 102.

[2] De la question portugaise, par M. Hyde de Neuville, comte de Bemposta (Paris, Delaunay, 1830) document n° 14.

ce point, et c'est avec raison, ce me semble, qu'au siècle de Louis XIV, le prince de La Trémouille, époux de la dernière descendante, réclamait contre ce qu'il appelait l'usurpation de Ferdinand [1]. Je n'insisterai pas plus longtemps sur le droit des femmes en Italie; outre le peu d'importance de la plupart de ces principautés, nulle histoire ne nous est plus familière que celle de l'Italie du moyen âge. La duchesse Béatrice, la comtesse Mathilde, la reine Constance, la reine Jeanne sont des personnages aussi connus que la reine Blanche on Catherine de Médicis; et, d'ailleurs, dans une terre toute romaine, comment l'esprit de la législation n'aurait-il pas été favorable aux femmes? Le droit germanique ne jeta point de racines en Italie, il fut de bonne heure étouffé et supplanté par la toute-puissance du droit romain, droit éminemment favorable aux femmes; l'exclusion n'aurait donc pu se justifier.

Cette faveur des femmes, nous la retrouvons, chose singulière, dans un pays où le droit romain n'a jamais eu d'influence : je veux parler de l'Angleterre. La première guerre de succession, celle qui eut lieu entre Étienne et Mathilde, fut la seule qui mit en doute, si les femmes avaient droit d'occuper elles-mêmes le trône. Quant à leur droit de transmettre la couronne à des héritiers mâles, il n'était point contesté, car c'était d'une femme, Adèle, fille de Guillaume le Conquérant, que le roi Étienne tenait sa

[1] Giannone, Storia di Napoli, t. III, pag. 528. De regni neapolitani jure pro Tremollio duce, Paris, 1648, f°.

légitimité [1]. Les prétentions d'Étienne eurent contre elles l'opinion publique (si près que l'on fût des premières origines féodales); et quoique la guerre finît par une transaction favorable à l'usurpateur auquel on laissa le trône, sa vie durant, tous les chroniqueurs rattachent avec fierté la descendance de Henri II à trois femmes : *Hic est Henricus secundus rex Anglorum, cujus mater Matilda imperatrix, cujus mater Matilda regina Anglorum, cujus mater Marguarita regina Scotorum* [2].

La guerre des deux roses fut également une guerre de succession ; mais dans cette querelle la descendance par les femmes n'était que le masque apparent des deux partis qui se disputaient la puissance. Henri VII qui parvint au trône après la défaite de Richard III, n'avait qu'un titre fort incomplet ; et lui-même le sentit bien lorsque par politique, il épousa Elisabeth, pour confondre les deux maisons d'York et de Lancastre, dont les rivalités avaient amené la ruine et la

[1] Bodin, Rép., liv. VI, chap. 5. « Il est bien vray que Mahaud, fille de Henri I, roi d'Angleterre, apporta le royaume d'Angleterre à la maison d'Anjou, mais ce fut après la mort d'Etienne, comte de Boulogne, neveu d'Henri à cause de sa sœur Alix, en sorte que le cousin, issu d'une fille, fut préféré à la fille propre du roi. Encore ce ne fut pas Mahaud, mais son fils aîné, comte d'Anjou, qui succéda au royaume d'Angleterre, qui est le cas auquel Edouard III, sur le différend qu'il avoit pour la couronne de France, disoit que la loi salique demeuroit en sa force, quand le mâle plus proche, issu d'une fille est préféré à celuy qui est le plus reculé issu des mâles ; mais cela ne doit jamais avoir lieu, si ce n'est que les mâles du nom en quelque ligne et degré que ce soit, viennent à défaillir, et que le royaume ne soit point sujet à élection. »

[2] Ralph. de Diceto. Imagines historiarum, pag. 529.

décadence de l'Angleterre. Le soin que prit Henri VII de se faire déclarer roi avant son mariage, les termes ambigus dont se servit le parlement pour lui conserver la couronne tant qu'il vivrait [1], font assez connaître que le droit des femmes était alors complétement reconnu, car Henri ne prit tant de peines que pour s'assurer la puissance tant que vivrait sa femme et la conserver après elle, comme roi de son chef, et non comme mari de la reine [2].

Depuis lors, le droit des femmes n'a jamais été contesté; Marie, Elisabeth, et depuis la révolution de 1688, la reine Marie et la reine Anne, montèrent sur le trône, sans qu'aucune incapacité leur ait été opposée; tout au contraire c'est par la faveur de la reine Marie que Guillaume d'Orange fut appelé à la couronne, et l'acte du Parlement qui lui donnait le pouvoir royal, stipulait expressément que, l'administration réservée au prince, le droit était égal pour les deux époux; ils étaient, chacun de leur chef, rois d'Angleterre. C'était le biais qu'on avait pris pour donner un vernis de légitimité au nouveau monarque qui venait remplacer Jacques II. Ne pouvant conserver le frère, on fit prévaloir les droits de la sœur, et l'on supposa que Jacques II avait aban-

[1] On vota : « That the inheritance of the crown should rest, remain and abide in the Kings. » Mais on ne dit pas à quel titre ce droit resterait entre ses mains ; était-ce comme héritier légitime ou comme possesseur saisi? le roi lui-même préféra cette ambiguïté à une décision plus claire et qui eût pu mettre en relief les droits d'Elisabeth. Hume chap. XXIV.

[2] Hume, chap. XXIV. Cocceius ad Grotium, II, 7, g. 22. Bacon. Hist. d'Henri VII.

donné une couronne qu'il ne se sentait pas en état de porter [1].

Quant aux royaumes du Nord, la succession des femmes y fut de bonne heure admise. La Norwège, la Suède, la Pologne, la Russie, la Hongrie, la Bohême ont eu des reines; et les noms des Marguerite, des Christine, des Catherine sont restés dans l'histoire pour prouver que le gouvernement d'une femme pouvait n'être pas sans gloire ni sans grandeur. Les races slaves n'ont pas eu, ce semble, pour le gouvernement des femmes, autant de répugnance que les races germaniques, ou, pour mieux dire, la féodalité n'ayant pas eu la même rigueur dans les pays slaves que dans les pays germaniques, les femmes ont été plus aisément admises au commandement.

Comme nous n'avons point examiné dans ce mémoire, la condition civile des femmes chez les nations slaves, il nous serait difficile d'étudier, avec quelque succès, les variations de leur condition politique. Nous terminerons donc des recherches déjà trop longues, par une dernière considération qui résumera toutes les autres, et qui sera la conclusion de la partie politique de ce mémoire: que doit-on penser du gouvernement des femmes?

[1] Hallam, hist. const. d'Angleterre, chap. XIV. Hume, dans le dernier chapitre de son histoire.

CHAPITRE XIV.

Que doit-on penser du gouvernement des femmes ?

Nos anciens jurisconsultes étaient peu favorables aux prétentions féminines, comme je l'ai déjà dit. Entre les coutumiers des treizième et quatorzième siècles, et les romanistes des deux siècles suivants il y a filiation légitime; les seconds pas plus que les premiers ne se distinguent par l'urbanité ou la douceur; mais au fond des reproches adressés aux femmes, il y a plus de malice que de raison; et, en général, de tout ce fatras emprunté du droit romain ou du droit canonique, il est difficile de tirer quelque raisonnement de valeur. Cependant, je demande une exception pour un de nos plus éminents politiques, pour Bodin, le précurseur de Montesquieu. Voici comment, dans sa République, il se prononce sur la question qui nous occupe; ce passage est d'autant plus curieux, qu'il est rempli de faits historiques, et complète ainsi nos recherches en plus d'un point.

Bodin, de la république, liv. VI, ch. 5 [1].

« La monarchie doit seulement être dévolue aux mâles, attendu que la *Gynécocratie* est droitement contre les lois de nature, qui a donné aux hommes la force, la prudence, les armes, le commandement, et l'a ôté aux femmes. Et la loy de Dieu a disertement

[1] Paris, in-fol. chez Dupuis, pag. 735 et suiv.

ordonné[1] que la femme fût sujette à l'homme, non-seulement au gouvernement des royaumes et empires, mais aussi en la famille de chacun en particulier, menaçant ses ennemis[2] de leur donner des femmes pour maîtresses, comme une malédiction exécrable. Et même la loy[3] a défendu à la femme toutes les charges et offices propres aux hommes, comme de juger, postuler et autres choses semblables, non pas seulement par faute de prudence... mais d'autant que les actions viriles sont contraires au sexe et à la pudeur et pudicité féminines.

» Or, si cela est malséant et contre nature ès actions et charges publiques, à plus forte raison est-il pernicieux en la souveraineté, car il faut que la femme à qui est dévolue la couronne se marie ou bien qu'elle demeure sans mary.

» Si elle se marie, c'est toujours Gynécocratie, car le mariage se fait à la charge que la souveraineté demeure à la femme, comme il fut arrêté au traité de mariage entre Ferdinand d'Aragon et Isabelle de Castille, et de notre âge entre Marie d'Angleterre et Philippe de Castille, qu'on appelait le *mary de la reine*; et en cas pareil entre Sigismond, archiduc d'Autriche, qui depuis fut empereur, et Marie de Hongrie, qu'on appelait le *Roy Marie*. Auquel cas le mary est chef de famille, et maître de l'économie domestique, et néanmoins demeure esclave et sujet de sa femme en public. Car la puissance publique, dit la loi, n'est jamais liée à la puissance domestique[4].

» Si la reine demeure sans mary, qui est le cas de la vraie Gynécocratie, l'état est exposé au danger des étrangers ou des sujets; car si le peuple est généreux et de bon cœur, il portera impatiemment que la femme commande. Or, il n'y a rien qui soit plus dangereux en une république, que le mépris de la majesté, de laquelle dépend la conservation des lois et de l'état, qui seront foulés aux pieds à cause de la femme, contre laquelle il n'y aura jamais faute de moqueries, de contumélies, de libelles diffamatoires et puis de rébellions et guerres civiles[5].

[1] Genèse, c. 2.
[2] Isaïe, 8.
[3] L. feminæ. D. de R. J.
[4] L. nam quod attinet ad. S. C. Treb.
[5] Qu'on n'oublie pas que Bodin écrivait à l'époque de Marie-Stuart et de Catherine de Médicis.

» Et s'il luy advient de porter la moindre faveur à quelqu'un des sujets, on en fera toujours sinistre jugement; car mesme les plus sages et pudiques ont bien à faire à se garantir de faux bruits; beaucoup moins pourra la princesse souveraine couvrir ses faveurs, non plus qu'un brandon sur une haute guette, qui sera cause d'embraser le feu de jalousie entre ses sujets, et les armer les uns contre les autres.

» Or, tout ainsi que la famille est renversée où la femme commande au mary, attendu que le chef de famille perd sa qualité pour devenir esclave; aussi la République, à parler proprement, perd son nom où la femme tient la souveraineté, pour sage qu'elle soit. Et si elle est impudique, qu'en doit-on espérer? Or, on a vu Jeanne (qui, pour sa lubricité, fut nommée la Louvette) après avoir succédé à Carobert, dernier roi de Naples, de la première maison d'Anjou, souiller la majesté royale des parricides commis en la personne des trois rois qu'elle avait épousés; aussi fut-elle étranglée comme elle avait mérité. On a vu depuis peu d'années des tragédies non moins étranges, et tout un royaume en combustion pour cas semblables [1].

» Bref, il ne se trouve peuple si efféminé, qui ait approuvé la Gynécocratie jusqu'à ce que la ligne des Normands, rois de Naples, fût faillie en Constance, femme de Henry, et depuis encore en Iolande, fille de Jean de Brienne, qui épousa Frédéric II, empereur, auquel Mainfroy, son bastard, ayant succédé, et marié sa fille Constance en la maison d'Aragon, alluma le feu des guerres qui ont duré deux cents ans entre les maisons d'Anjou et d'Aragon, pour avoir donné entrée aux filles en la succession du royaume de Naples. Mais depuis qu'on eut aperçu tant de scandales et de guerres advenues pour ce royaume là entre les princes chrétiens, il fut arrêté au collége des cardinaux que dès lors en avant le

[1] Bodin explique plus loin cette transparente allusion. « On a vu le succès du mariage de Marie-Stuart, en deuxièmes noces avec le fils du comte de Lennox, qui doit servir d'exemple à tous peuples. Et ne faut pas qu'un mari étranger pense ranger à la raison les voluptés d'une princesse souveraine; car s'il veut la répudier, il faut que lui-même se bannisse, et qui fut donc plus sage prince que Marc-Aurèle? Néanmoins quand on lui dit qu'il fallait répudier Faustine pour sa vie dissolue; *il faut donc*, dit-il, *quitter le douaire :* ce douaire c'était l'empire romain.

royaume de Naples ne tomberait plus en quenouille, et en l'investiture faite à Alphonse, roi d'Aragon en l'an 1445, et à Ferdinand, roi d'Aragon (1458) en novembre, il est expressément porté que les filles ne succéderont point au royaume de Naples, tant qu'il y aurait des mâles en ligne directe, jusques au quatrième degré.

» Mais l'ouverture étant faite en Italie à la succession des filles [1] fut depuis pratiquée ès royaumes d'Hongrie et de Pologne, qui échurent à Marie et à Hedwige, fille de Louis, roi de Hongrie et de Pologne, ce qui jamais n'avait été vu. Et quasi en même temps Marie Volmar succéda aux royaumes de Norvège, Suède et Danemarck, contre les lois et coutumes anciennes du pays. Le même exemple fut suivi au royaume de Castille, auquel succéda Isabelle de Castille, ayant gagné les plus grands; et combien qu'elle fût des plus sages princesses qui fut oncques, si est-ce que les états du pays en firent plainte, et sur ce qu'on allégua qu'auparavant, Socine, fille d'Alphonse, avait apporté le royaume de Castille à Sillon, son mary, si est-ce qu'il fut répliqué par les états, que cela s'était fait par force, et que dès lors, les états de Castille avaient protesté que c'était contre les lois du pays [2], ce qui fit hâter le mariage de Ferdinand et d'Isabelle pour tenir le peuple en bride. Et combien que Henri, roi de Castille, eût déclaré, par son testament, que le royaume appartenait à Louis IX, roi de France, à cause de sa mère Blanche de Castille, et que les barons de Castille avaient écrit au roy qu'il vînt prendre possession du royaume, si est-ce que jamais il n'osa entreprendre de quereller le royaume, quoiqu'il eût le consentement des seigneurs du pays, en lettres scellées qui sont encore au trésor de France. Nous trouvons aussi que par force et finesse, Ferdinand, fils de Léonor, se fit adjuger le royaume d'Aragon, comme en cas semblable fit le comte de Barcelone, ayant épousé Perrine, fille du roy d'Aragon; ce qui fut fait aussi au royaume de Navarre, auquel succéda Henri le Large, comte de Champagne, à cause de sa femme, et depuis Philippe le Bel roi de France à cause de Jeanne de Navarre, et

[1] Bodin est dans l'erreur quand il attribue à l'influence italienne la succession des filles au trône; cette succession vint des mœurs nationales, et en certains pays, est plus ancienne que la succession italienne.

[2] Guicciardini.

depuis il est tombé ès maisons d'Evreux, de Foix, d'Albret, de Vendôme; de sorte que ce royaume là, en moins de trois cents ans, a été transporté en six maisons étrangères.

» Quant au royaume d'Angleterre, nous trouvons bien au temps de Domitien qu'il tomba en quenouille [1], et que les Anglais ne faisaient point de différence entre les mâles et les filles pour la succession du royaume; si est-ce qu'il y avait plus de quinze cents ans que cela ne s'était fait, quand Marie succéda à son frère Edouard V; non plus qu'au royaume d'Ecosse auquel succéda Marie Stuart; car il ne se trouve pas de cent et cinq rois qu'ils ont en leur histoire, qu'une seule femme ait succédé à la couronne. Ainsi voit-on quatre femmes de même nom avoir fait ouverture à la gynécocratie ès royaumes de Hongrie, Norvège, Suède, Ecosse et Angleterre.

» Or, combien que les élections des monarques soient dangereuses; si est-ce toutefois qu'elles sont plus tolérables, venant la ligne des mâles à défaillir, que voir le royaume tomber en quenouille, parce qu'il faut souffrir une pure gynécocratie contre les lois de nature. Si la princesse héritière se marie (ce qui est nécessaire pour avoir un successeur assuré), le mary sera sujet ou étranger. Quant au sujet, la princesse penserait se faire grand déshonneur d'épouser son serviteur, comme fit la reine d'Angleterre, qui fit entendre par ses ambassadeurs aux princes étrangers, qu'elle ne s'abaisserait jamais jusque là d'épouser son sujet, et qu'elle prendrait un prince étranger si pauvre, que les autres princes n'auraient occasion de se défier de luy, et qu'elle ne départirait rien à son mary de ses biens, ni de ses forces, *ne voulant se servir de luy que pour laisser un successeur*. Et de fait, quand on traita du mariage de l'archiduc d'Autriche avec la reine Elisabeth, entre les articles il y avait, qu'il ne serait point appelé roi, qu'il ne ferait dire messe en Angleterre, qu'on ne bâillerait office ni bénéfice sinon aux Anglais, et si la reine mourait sans enfants, qu'il ne pourrait rien retenir en Angleterre. Aussi le mariage ne s'est pu conclure, combien que les états d'Angleter e ne font autre requête à la reine, à tous les parlements depuis quinze ans, sinon qu'il lui plaise se marier, ou pour le moins déclarer un successeur, sachant bien qu'en perdant l'une des

[1] Tacite, in Vita Agricolæ.

plus sages et vertueuses princesses du monde, ils tomberont en guerres civiles [1].

» Les mêmes difficultés et plus grandes, se présentèrent au traité de mariage accordé entre Philippe, prince de Castille, et Marie, reine d'Angleterre. L'article premier portait qu'on ne pourrait avancer aucun étranger, non naturel Anglais, en office, bénéfice ni charge quelconque, et au quatrième article il était dit: que Philippe de Castille ne pourrait emmener d'Angleterre la reine, sa femme[1], si elle n'en était désireuse, ni les enfants élevés d'eux. Les articles furent vérifiés par les états du pays, l'an 1554, le 2 avril, qui portent, outre ce que j'ai dit, que la reine, comme seule et unique, jouirait de la régalité et souveraineté desdits royaumes, absolument, sans que le mari pût prétendre, par la courtoisie d'Angleterre [2], la couronne et souveraineté du royaume, ni autres droits quelconques; et que les lettres et mandements seraient de nul effet, si la reine ne les avait signés, quelque seing ou consentement qu'il y eût de mari, et sans lequel néanmoins le consentement de la reine suffirait.

» ..... Or si le droit naturel est violé, en la gynécocratie, encore plus est le droit civil et le droit des gens, qui veulent que la femme suyve le mary, ores qu'il n'eût ni feu, ni lieu, et en cela tous les canonistes et docteurs en loi sont d'accord, et les théologiens aussi; et qu'elle doit révérer son mary, et que les fruits du douaire de la femme appartiennent au mary, voire de tous les propres qui lui écheent.... Et néanmoins par le traité des mariages faits entre Philippe et Marie, on voit tout le contraire.

» .... Tous ces inconvéniens et absurdités suivent la gynécocratie, qui a pris son origine pour avoir permis aux femmes la succession des fiefs, les mâles défaillans en ligne directe et collatérale: puis quand on eut gagné ce point, on obtint qu'elles succéderaient en ligne directe, et seraient préférées aux mâles colléraux; et, peu à peu, la permission fut étendue aux dignités, comtés, marquisats, duchés, principautés, et puis aux royaumes;

[1] Quand Guillaume d'Orange fut appelé en Angleterre, il exigea d'être reconnu pour roi conjointement avec Marie, ne voulant, disait-il, être l'écuyer de sa femme. Voyez à ce sujet la remarquable conversation de Burnet avec Bentinck. Burnet, II, 2.

[2] J'ai exposé plus haut ce que c'était que ce droit; c'était le douaire du mari.

jaçoit que, par les lois des fiefs, les femmes fussent déboutées des successions, encore qu'il n'y eût mâles, fût en ligne directe ou collatérale, s'il n'était spécialement convenu par l'investiture ; mais la loi salique le tranche tout court, et défend expressément que la femme puisse succéder aucunement aux fiefs, de quelque nature qu'ils soient. »

L'opinion de Bodin aura, sans doute, pour elle la majorité des suffrages; les inconvénients du gouvernement des femmes sont visibles pour les yeux les moins clairvoyants; ce sont les dangers d'une minorité perpétuelle. Une reine, qu'elle gouverne de son chef, ou comme régente, sera toujours à la merci des ministres qui l'entourent, car elle n'aura ni les lumières suffisantes sur des matières étrangères, ni cette volonté ferme qui vient de la conviction de l'esprit. Les Anglais ont tourné la difficulté, ne laissant au souverain que l'apparence du pouvoir, et mettant le gouvernement dans les chambres. Pour cette royauté de parade, une femme convient mieux, peut-être, qu'un homme, car la faiblesse de son esprit lui permettra de se contenter des brillantes apparences qui environnent la royauté; satisfaite du nom, elle ne demandera pas la chose. Mais dans les pays plus foncièrement monarchiques, où la reine exercera réellement le pouvoir royal, on verra les intrigues de cour apparaître avec d'autant plus d'énergie que le souverain aura moins de force pour résister; et si dans cet enivrement de la puissance, dont les plus fortes têtes ont peine à se défendre, la femme s'abandonne à des passions sans retenue, quel spectacle,

bon Dieu! que celui d'un grand peuple obéissant à quelque femme débauchée, et obligé de respecter sur le trône ce que, dans la vie privée, il châtierait par le mépris!

Cependant un écrivain, que nous considérons comme l'esprit le plus profond du dernier siècle, Montesquieu, s'est prononcé pour le gouvernement des femmes; mais, qu'on me permette de le dire, la flatterie l'a égaré, et le désir de plaire à l'impératrice de Russie, ou le souvenir de la reine Anne, ont obscurci la vérité pour ces yeux qui, d'ordinaire, voient si loin.

ESPRIT DES LOIS, LIVRE VII, CHAPITRE XVII.

DE L'ADMINISTRATION DES FEMMES.

« Il est contre la raison et contre la nature que les femmes soient maîtresses dans la maison, comme cela était établi chez les Égyptiens; mais il ne l'est pas qu'elles gouvernent un empire. Dans le premier cas, l'état de foiblesse où elles sont ne leur permet pas la prééminence; dans le second, leur foiblesse même leur donne plus de douceur et de modération, ce qui peut faire un bon gouvernement plutôt que les vertus dures et féroces.

« Dans les Indes, on se trouve très-bien du gouvernement des femmes; et il est établi que si les mâles ne viennent pas d'une mère du même sang, les filles qui ont une mère du sang royal succèdent. On leur donne un certain nombre de personnes pour les aider à porter le poids du gouvernement. Selon M. Smith, on se trouve aussi très-bien du gouvernement des femmes en Afrique. Si l'on ajoute à cela l'exemple de la Moscovie et de l'Angleterre, on verra qu'elles réussissent également, et dans le gouvernement modéré et dans le gouvernement despotique. »

Je ne réfuterai par ces erreurs transparentes; il

faut respecter le génie même dans ses illusions; je doute, d'ailleurs, que l'exemple des Indous et des Nègres puisse prévaloir sur les solides raisons données par Bodin.

CHAPITRE XV.

Dot des princesses, Douaire des reines veuves, Régence. Conclusion.

Pour être complet, il nous faut dire quelques mots de la position des princesses filles de rois, et des reines femmes, veuves ou mères de rois; nous aurons ainsi considéré la femme dans toutes les situations où peuvent la placer la naissance et le rang.

La position des princesses n'était point différente de la position des filles de tout autre seigneur; dotées en argent, et le plus souvent au moyen d'une aide levée sur les vassaux [1], ou d'un subside consenti par les états, elles recevaient aussi quelquefois une portion du domaine royal, mais comme engagement temporaire, non comme démembrement. Leur dot n'était pas un apanage. Quant aux titres honorifiques qu'elles conservaient en se mariant, ceci n'est point de notre ressort, et nous renvoyons à Dutillet, qui donnera toute satisfaction à ce sujet.

La reine, femme du roi, est soumise, comme toute femme mariée, à la puissance de l'époux; mais

[1] L'aide souffrait peu de difficultés, car, dit le bon Dutillet, « les vassaux du roi y gagnaient, car ils taillaient pour ce leurs sujets, et leur en demeurait partie, outre ce qu'ils baillaient au roi. »

à la dissolution du mariage, son droit est presque partout différent de celui des autres femmes. On ne lui donne point part aux acquêts faits durant le mariage, parce que ces acquêts se réunissent au domaine royal, et une fois réunis, ne se détachent plus; mais par contre les enfants reprennent les biens propres de leur mère, qui ne se réunissent point, comme on pourrait le croire, au domaine, alors même que le mariage a été fécond. Du moins je vois que la duchesse de Ferrare réclamait, sous François Ier, du chef de sa mère, la moitié du duché de Bretagne, l'autre moitié ayant été laissée à François Ier par la reine Claude; et je ne vois point qu'on lui contestât sérieusement son droit, tout décidé qu'on fût à ne jamais lui rendre cette précieuse frontière[1]. Egalement, dans les négociations d'Espagne, on vit Louis XIV réclamer l'héritage de la mère de sa femme, et je ne sache pas qu'en Espagne plus qu'en France, on ait opposé à ses prétentions la réunion au domaine des biens apportés en dot par la reine d'Espagne[2].

Les reines veuves se retirent avec leur douaire ou leur augment, et conservent leurs titres et prérogatives, tant qu'elles ne se remarient point. Leur position est celle des veuves nobles dans les anciennes coutumes féodales.

La régence est la plus grande prérogative des reines veuves, car elle leur donne l'exercice de la

[1] Elle obtint Montargis comme indemnité.

[2] *Voy.* un pamphlet curieux, imprimé en 1667, intitulé : Traité des Droits de la reyne très chrétienne sur divers États de la monarchie d'Espagne.

souveraineté, dans le pays même où la loi déclare que la souveraineté ne peut résider sur leur tête, en France et en Allemagne par exemple [1].

Faire l'histoire des régences serait un long discours, mais qui ne donnerait qu'un résultat juridique des plus incertains. Hormis l'Espagne qui a une loi de régence expresse dans les *siete partidas* [2], partout ailleurs le droit des femmes a été contesté suivant les circonstances, et chaque régence a soulevé une discussion nouvelle pour la décision de laquelle les événements ont été plus puissants que les lois. En France, par exemple, il est vrai de dire que jusqu'à l'assemblée constituante, le droit de la mère fut constamment reconnu; mais il y eut des luttes sans nombre pour limiter son autorité; les barons féodaux, dans les premiers siècles de la monarchie, et plus tard les princes du sang, prétendirent partager la garde et le gouvernement avec la régente, et ce ne fut guère que depuis Marie de Médicis qu'il fut donné aux régentes, soutenues par le parlement,

[1] Sur les Régences en France, Dupuy, Traité de la majorité de nos rois et des Régences du royaume. Amst., 1722. Et parmi les écrits qu'a fait paraître la mort malheureuse du duc d'Orléans, Solar et Dufau, Précis historique des régences en France. Paris, 1842. Pour l'Allemagne, Cocceius : De Tutelis illustrium. Ludolff, De Jure feminarum illustrium, Iéna, 1734.

[2] Partida III, tit. V, L. 3. Que si aveniese que al Rey niño fincase madre, essa ha de ser el primero et el mayoral guardador sobre todos los otros, porque naturalmente ella lo debe amar mas que otra cosa por la laceria et el afan que levò trayendolo en su corpo, et desi criandalo; et ellos debenla obedecer como a señora, et facer su mandamiento en todas las causas que fueren a pro del Rey et del reyno; ma esta guarda debe haber en quanto non casare et quisiere estar con el niño.

d'exercer seules et sans partage la souveraineté. Du reste, il est vrai de dire, que dans toutes les querelles soulevées par l'ambition de ceux qui environnaient le trône, l'opinion nationale se rangea du côté de la reine; les régences de la mère ont toujours été vues d'un œil favorable par le peuple, qui, dans le garde du pupille, fait malaisément la distinction du souverain et de l'enfant, et qui comprend difficilement quel motif peut être assez puissant pour faire préférer à la mère un parent souvent intéressé à supplanter le pupille.

En Allemagne, où les femmes ont été plus longtemps exclues de la garde des fiefs qu'en France, on s'est montré plus difficile pour admettre les femmes à la régence; et en général on est resté fidèle aux principes saliques. C'est l'agnat le plus proche qui a exercé la régence. Souvent, il est vrai, le testament du père a mis en défaut les sévérités de la coutume, et la veuve a été appelée par la volonté de son époux au gouvernement de l'état pendant la minorité de l'enfant; mais cette faveur du testament, ce respect des volontés d'un mourant n'ont point changé l'esprit de la législation, et aujourd'hui encore dans toute l'Allemagne la régence agnatique est généralement adoptée.

Au reste, sur cette question de la régence, nous nous tenons à ce que nous avons dit sur la capacité politique des femmes ; gouverner n'est pas le fait du sexe; il y faut une main plus vigoureuse, et l'amour qu'une mère a pour ses enfants n'est pas un titre suffisant pour qu'on lui remette l'administration d'un

empire. Son droit ne va pas plus loin que la personne et les biens propres du mineur, et c'est par une suite de la confusion féodale qu'on est venu à considérer la régence comme un droit appartenant à la mère. Le royaume étant une propriété la régence a été la garde appliquée au plus grand des fiefs.

Aujourd'hui que la royauté s'est détachée du sol et n'est plus qu'un commandement et qu'une magistrature, une régence n'a plus de sens, je dis une régence comme l'entendaient nos pères, c'est-à-dire, le plein pouvoir royal remis sans contrôle aux mains d'une femme; car rien de plus juste que d'entourer la minorité du souverain d'un conseil protecteur; et dans ce conseil, rien de plus convenable que de donner une place, et la première, peut-être, à l'amour d'une mère. A vouloir séparer absolument l'enfant du souverain, bientôt on en vient par la jalousie naturelle du pouvoir, à envier à la mère le droit même de s'occuper de son fils, et l'on arrive ainsi à des manques d'égard et à des duretés qui ne sont point justifiables [1].

Quelle sera maintenant la conclusion de nos études sur la capacité politique des femmes?

Nous avons vu que chez les Romains, pour qui

[1] C'est ce qui se verra infailliblement quand on viendra à l'exécution de la dernière loi, loi faite avec précipitation et dans laquelle on a donné à la mère une part trop faible. A moins que le régent et la reine-mère ne soient deux personnes d'un esprit et d'une bonté supérieures, il y aura nécessairement collision, et il se présentera des difficultés très-grandes, que les auteurs du projet de loi n'ont pas seulement soupçonnées. Un conseil de régence, comme il en existe en Allemagne, eût évité ces frottements dangereux pour l'État.

l'empire était une magistrature, les femmes n'ont jamais pris part au pouvoir; chez les Germains où le roi était un chef militaire, elles ont été exclues de la royauté, comme incapables du commandement.

L'admission des femmes au pouvoir politique n'est venue que lorsque le fief, confondant le pouvoir et la propriété, incorporant au sol la souveraineté, a laissé la puissance publique à la femme héritière du fief, parce que cette puissance était un démembrement et comme un fruit de la propriété. Ainsi c'est le respect de l'hérédité et de la propriété qui a fait reconnaître aux femmes des droits que, jusqu'alors, l'Occident leur avait refusés.

Cette attribution de la puissance publique a été, du reste, plus nuisible aux femmes qu'elle ne leur a été utile; comme c'était à l'aide de la loi civile qu'elles avaient obtenu des droits politiques, on s'est servi de la loi civile pour les exclure de la puissance politique; on leur a marchandé la succession paternelle pour les écarter de la succession au fief et au trône, et l'exclusion a été si loin, qu'on est presque revenu aux rigueurs de l'agnation romaine. Ainsi, pour quelques suzeraines qui ont eu leur cour et leur sénéchal, des milliers de filles nobles et bourgeoises ont été victimes de la loi civile qui, depuis le quatorzième siècle, a renchéri sur la sévérité des coutumes germaniques. En outre, il est vrai de dire qu'alors même que le droit des femmes a été reconnu dans la sphère politique, l'esprit général de la législation, qui a toujours été le vieil esprit germanique, a sans cesse tendu à restreindre ce droit et à le limiter. Néanmoins le

triomphe des légistes n'a pas été complet, car jusqu'à la révolution française, et plus tard, peut-être, l'idée de souveraineté a gardé quelque chose de la notion de propriété; et ce que nous nommons *légitimité* n'est, peut-être, que le résultat de ce mélange.

De nos jours où le pouvoir royal, détaché du sol, n'est plus que la première magistrature de l'état, l'incapacité des femmes, déjà reconnue par notre ancienne législation, doit nécessairement subsister; la loi salique est un legs de l'ancienne constitution, adopté par la nouvelle.

Disons, d'ailleurs, que l'apparition des femmes sur la scène publique, ne leur est pas favorable. Pour quelques règnes heureux, que de troubles, que de factions! et pour une Elisabeth combien de Marie-Stuart! La royauté dans leurs mains est une arme funeste, et qui s'est souvent retournée contre elles-mêmes; le pouvoir ne leur va pas : leur faiblesse, leur esprit, leur éducation, leur grâce même doivent les tenir à l'écart de ces fonctions orageuses. Leur royaume est ailleurs; c'est au foyer domestique, c'est dans le sanctuaire de la famille, qu'elles sont vraiment souveraines; douce souveraineté qui ne trouble point la tranquillité de leur cœur, que nulle ambition ne jalouse, que nulle révolte n'ébranle, et qui, chose rare dans un empire, fait le bonheur et la joie de tous ceux qui vivent sous cette vigilante protection!

FIN.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

LIVRE SECOND.

LES GERMAINS.

SECT. Ire. — La femme dans la famille de son père.

SECT. II. — La femme dans la famille de son mari.

SECT. III. Capacité civile et politique des femmes.

LIVRE TROISIÈME.

LIVRE QUATRIÈME.

SECT Ire. LES NOBLES.

TITRE Ier. — La femme dans la famille de son père.

TITRE II. — La femme dans la famille de son mari.

SECT. II. — LES VILAINS.

TITRE Ier.

TITRE II.

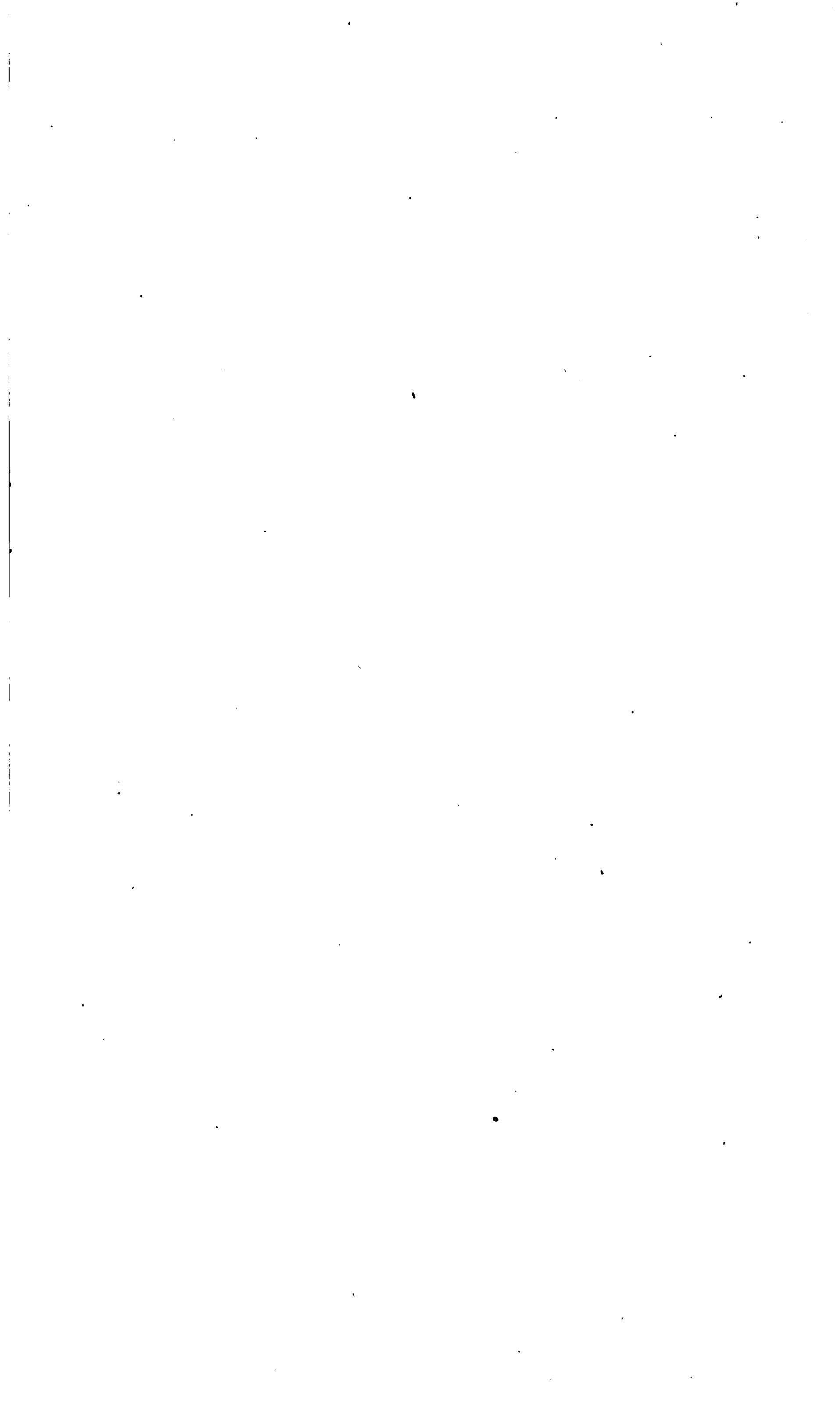
SECT. III. — LES BOURGEOIS.

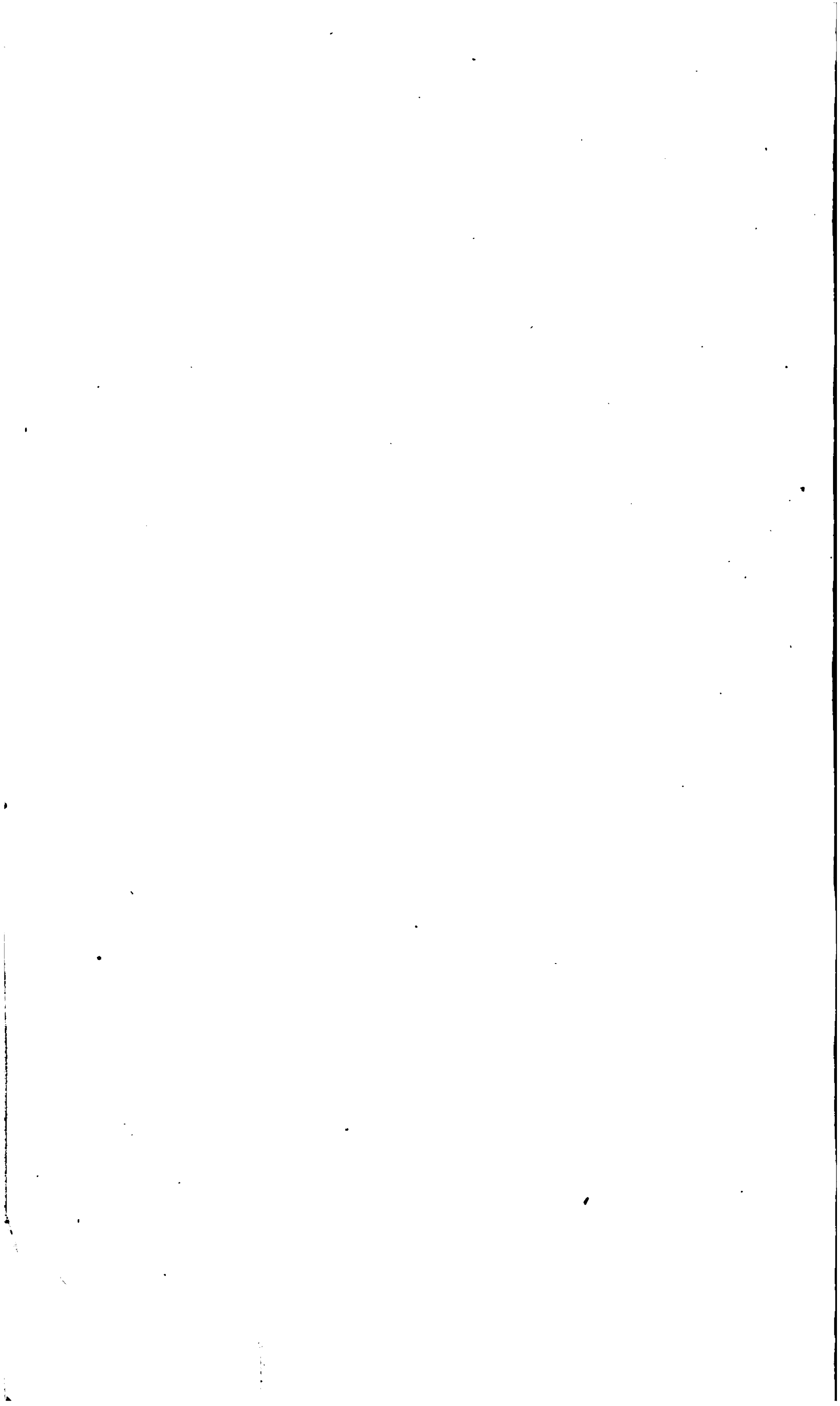
TITRE Ier.

LIVRE CINQUIÈME.

CAPACITÉ POLITIQUE DES FEMMES PENDANT LE MOYEN ÂGE.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.





Résumé p 60

Complete conclusions - Résumé p 437
[illegible] page [illegible] the influence
[illegible] the state [illegible]
[illegible]



